

MARGARIDA RAMALHO DE LIMA REGO

CONTRATO DE SEGURO E TERCEIROS

Estudo de direito civil

Dissertação para doutoramento em direito
privado na Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Agosto de 2008

CONTRATO DE SEGURO E TERCEIROS

Estudo de direito civil

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

As citações ao longo do texto são feitas com indicação do nome abreviado do autor, do título abreviado da obra e dos números de páginas para que se remete. Se necessário, acrescentam a edição ou o volume citados e, quando os usos o justifiquem, o número à margem do texto e o preceito legal comentado. Só se indica o ano de publicação da obra citada ou da sua primeira edição, entre parênteses, quando esse elemento for relevante para a exposição. Não se distingue entre a primeira e as restantes citações de cada obra, por se entender desnecessária a repetição de elementos constantes da bibliografia final.

Os elementos constantes da bibliografia final são os suficientes, de acordo com os usos mais recentes, para localizar as obras citadas na generalidade das bases de dados bibliográficos e motores de busca. Esses elementos variam, consoante a natureza da publicação, mas todas as obras se encontram identificadas, no mínimo, pelo nome do autor, sempre que conhecido, pelo título completo e pelo ano de publicação. Suprimem-se as maiúsculas nos títulos quando tal não contenda com a ortografia. Os títulos separam-se dos subtítulos por um ponto final, salvo opção diversa do autor. Indica-se ainda o modo abreviado de citação das obras no texto. As obras são indicadas por ordem alfabética do último apelido do primeiro autor, ou do primeiro, tratando-se de autores espanhóis. Para cada autor, as obras ordenam-se cronologicamente e, dentro do mesmo ano, por ordem alfabética da primeira letra do título. Para cada autor, as obras em co-autoria aparecem depois das obras em autoria singular. As obras anónimas inserem-se na ordem alfabética do nome do autor com a indicação de «anónimo» e seriam-se cronologicamente e, dentro do mesmo ano, pela primeira letra do título. As obras institucionais ou colectivas inserem-se na ordem alfabética segundo a primeira letra do título, sempre que não integrem estudos autónomos e o nome dos seus autores não seja o elemento que mais facilmente as identifique. Na indicação do local de publicação, sempre que se trate de cidade norte-americana, para afastar eventuais dúvidas, acrescenta-se a indicação abreviada do respectivo estado.

Quando numa só nota se citam diversos autores, segue-se a regra da sua ordenação cronológica, salvo se a exposição impuser um critério distinto – designadamente, por se

tornar conveniente a separação em grupos distintos dos autores com maior e menor relevância para o tema.

Todas as transcrições são feitas em língua portuguesa com ortografia actualizada. As traduções são da autora, salvo indicação em contrário. Os itálicos em trechos citados correspondem a ênfase no original, salvo indicação em contrário. Os ajustes necessários por razões de contexto ou de sintaxe são introduzidos entre parênteses rectos. Por vezes, empregam-se locuções de uso consagrado em latim ou língua estrangeira, embora com uma explicação do seu sentido quando esta se justifique.

As citações de jurisprudência no texto são feitas pela indicação abreviada do tribunal e da data do acórdão, ou pela indicação do nome das partes, consoante os usos dos diversos países, aparecendo a citação completa na lista de jurisprudência final.

As simples referências a capítulos ou a notas de rodapé remetem para os respectivos lugares no presente estudo, que não são indicados pela página respectiva. Remete-se para capítulos ou subcapítulos quando se pretende abrangê-los na íntegra, e para notas, ou para o texto junto às notas, a partir das notas ou a seguir às notas quando se visa um trecho mais curto. Na versão digital do estudo, um toque nessas remissões conduz o leitor aos respectivos lugares.

Na identificação completa de materiais jurisprudenciais e doutrinários constantes de publicações periódicas seguem-se os usos dos respectivos países sempre que isso facilite a respectiva busca. Nos demais casos, o modo de citação encontra-se harmonizado da seguinte forma: ano de publicação entre parênteses, seguido do volume, indicação abreviada do periódico e primeira e última páginas. Exemplo: (1955) 48 BMJ 667-672. Às publicações disponíveis na Internet segue-se uma indicação do respectivo endereço.

Salvo indicação em contrário, as referências aos diplomas legais dizem respeito à versão em vigor em Agosto de 2008.

LISTA DE ABREVIATURAS

†	Não participou na referida edição da obra.
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (CC au).
ABK	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung (CCG seguro automóvel).
Ac.	Acórdão.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
ADHGB	Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (CCom de 1861).
anón.	anónimo.
ar	argentino.
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
art. / arts.	artigo / artigos.
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (regulador de)
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (inicialmente: Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen). Integrado em 1 de Maio de 2002 no actual BaFin.
be	belga.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (CCde).
BGH	Bundesgerichtshof (supremo tribunal federal - de).
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça.
br	brasileiro.
Bull. Ass.	Bulletin des Assurances.
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres Civiles.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (supremo tribunal federal administrativo - de).
c. / cc.	coluna / colunas.
CA	Code des Assurances (CAfr) / Codice delle Assicurazioni Private (CAit).
Calif L Rev	California Law Review
Cap. /Caps.	Capítulo / Capítulos.
Cass. Fr.	Cour de cassation (tribunal de cassação - fr).
CC	Código Civil. Referência ao CC pt 1966 (salvo outra indicação: acrescentando a abreviatura de outro país).
CCom	Código Comercial. Referência ao CCom pt 1888 (salvo outra indicação: acrescentando a abreviatura de outro país).
CCG	cláusulas contratuais gerais.
CCVI	Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Viena em 11 de Abril de 1980.
ch	suíço.
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.
cit.	citado (por).
CJ	Colectânea de Jurisprudência.
CJSTJ	Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça.
CLRev	Columbia Law Review.
colab.	com a colaboração de.
Conn Ins LJ	Connecticut Insurance Law Journal.
CP	Código Penal.
CRP	Constituição da República Portuguesa.
CRPred	Código do Registo Predial.
CS	Código Civil pt 1867 (de Seabra).
CSC	Código das Sociedades Comerciais.
CT	Código do Trabalho.
CVM	Código dos Valores Mobiliários.
de	alemão (quando usado como abreviatura).

dir. / dirs.	director(a) / directores.
DL	Decreto-Lei.
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais.
ed. / eds.	edição ou editor(a) / edições ou editores.
Enc Dalloz	Encyclopédie Dalloz.
Enc Dir	Enciclopedia del Diritto.
ERPL	European Review of Private Law.
es	espanhol.
EUA	Estados Unidos da América.
fr	francês.
fund.	fundador.
HGB	Handelsgesetzbuch (CCom de).
HLRev	Harvard Law Review.
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly.
IFRS4	International Financial Reporting Standard 4.
IJIL	International Journal of Insurance Law.
Incoterms 2000	International Commercial Terms da International Chamber of Commerce, ed. 2000 (cfr. Bibliografia).
Inglaterra	Inglaterra e País de Gales (o mesmo nas referências ao direito inglês).
ISP	Instituto de Seguros de Portugal.
it	italiano.
JCP	Juris-Classeur Périodique.
JR	Jurisprudência das Relações.
JT	Journal des Tribunaux (Bruxelas).
Jura	Juristische Ausbildung.
JuS	Juristische Schulung.
JW	Juristische Wochenschrift.
JZ	Juristenzeitung.
L	Lei.
LCS	DL n.º 72/2008, de 16 de Abril (lei do contrato de seguro - pt).
LCSar	Lei n.º 17.418 de 30 de Agosto de 1967 (lei do contrato de seguro - ar).
LCSbe	Lei de 25 de Junho de 1992 (lei do contrato de seguro - be).
LCSes	Lei n.º 50/1980, de 8 de Outubro (lei do contrato de seguro - es).
LCSfr	Lei de 13 de Julho de 1930 (lei do contrato de seguro - fr). Substituída pelo CAfr.
LCCG	DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (lei das CCG - pt).
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly.
LQR	Law Quarterly Review.
m. / mm.	número à margem / números à margem.
Mich L Rev	Michigan Law Review.
MLR	Modern Law Review.
Modernisierung	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (lei alemã para a modernização do direito das obrigações). Datada de 26.11.2001 e entrada em vigor em 01.01.2002.
n. / nn.	nota / notas.
NeumZ	Neumanns Zeitschrift für das Versicherungswesen.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport.
nl	neerlandês.
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv.
OLG	Oberlandesgericht (tribunal superior estadual - de).
OR	Obligationsrecht (Código das Obrigações - ch).
org. / orgs.	organizador(a) / organizadores
orig.	originariamente.
P	Portaria.
p. / pp.	página / páginas.
PECL	Principles of European Contract Law, versão final de 2000 (Partes I e II).
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law, versão de 17.12.2007, disponível em http://restatement.info/cfr/Draft-CFR-Insurance-Contract-17122007-FINAL.pdf .

PflichtVersG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter de 05.04.1965, também denominada Pflichtversicherungsgesetz (lei do seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação - de).
pt	português.
r+s	Recht und Schaden.
RC	Tribunal da Relação de Coimbra.
RDE	Revista de Direito e Economia.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft.
Rec. Dal. H.	Recueil Dalloz Hebdomadaire.
Rec. Dal. P.	Recueil Dalloz Périodique.
Rec. Sir.	Recueil Sirey.
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
RG	Tribunal da Relação de Guimarães.
RGDA	Revue Générale du Droit des Assurances.
RGES	DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril (regime geral das empresas de seguros).
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile.
RL	Tribunal da Relação de Lisboa.
ROA	Revista da Ordem dos Advogados.
RP	Tribunal da Relação do Porto.
RTDCiv	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
s.	secção.
ss.	seguintes.
ScIur	Scientia Iuridica.
sep.	separata.
STJ	Supremo Tribunal de Justiça.
Tex L Ver	Texas Law Review.
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.
trad.	tradutor(a).
uk	britânico ou inglês (consoante os casos).
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review.
USD	dólares norte-americanos.
VA	Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung.
Va L Rev	Virginia Law Review.
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen.
VersArch	Das Versicherungsarchiv.
VersR	Versicherungsrecht.
VersWissStud	Versicherungswissenschaftliche Studien.
vol.	volume.
VR	Die Versicherungsrundschau.
VuR	Verbraucher und Recht.
VVG	Versicherungsvertragsgesetz de 30.05.1908 (lei do contrato de seguro - de). Substituída pela VVG 2008.
VVG 2008	Versicherungsvertragsgesetz de 23.11.2007 (lei do contrato de seguro - de). Entrou em vigor em 01.01.2008.
VVGch	Versicherungsvertragsgesetz de 02.04.1908 (lei do contrato de seguro - ch).
VW	Versicherungswirtschaft.
YLJ	Yale Law Journal.
ZHK	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
ZVW	Zeitschrift für Versicherungsrecht und -Wissenschaft.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, analiso o contrato de seguro enquanto fonte privilegiada de problemas de terceiros no direito dos contratos. A análise incide sobre a posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. Como indica o subtítulo, trata-se de um estudo de direito civil. O estudo pretende contribuir para uma reconciliação, espera-se que com proveito para ambos, entre o direito civil e o direito contratual dos seguros.

«Conta-se a história de certo juiz do Vermont que teve de pronunciar-se sobre uma acção proposta por um agricultor contra outro agricultor, que o primeiro acusara de ter partido uma batedeira de fazer manteiga. O juiz levou o seu tempo a considerar o caso, concluindo, depois de consultar todas as leis, que estas nada dispunham sobre batedeiras de fazer manteiga, pelo que absolveu o réu do pedido. O mesmo estado de espírito aparece em todos os nossos digestos e manuais comuns. Aplicações de regras rudimentares de direito dos contratos ou de direito dos delitos civis aparecem escondidas em capítulos sobre telégrafos ou caminhos-de-ferro, engrossam tratados de direito da equidade ou dos transportes marítimos ou reúnem-se sob um qualquer título arbitrário que se julga agradar à mente prática, como «direito mercantil». Se um homem se dedica ao direito, vale a pena dominá-lo, e dominá-lo significa olhar além de todos os incidentes dramáticos e discernir a verdadeira base para a profecia.»¹

Este trecho é ilustrativo de uma das faces do problema que subjaz à necessidade de reconciliação: o facto de os especialistas em seguros focarem o olhar, com demasiada

¹ HOLMES, *Path of Law*, pp. 474-475. A referência à «base para a profecia» é mais do que uma figura de estilo: para o autor, o direito é a actividade de prever a incidência da força pública por via dos tribunais. A minha citação não representa uma adesão ao realismo jurídico.

frequência, na árvore que mais imediatamente os ocupa, alheando-se da floresta.² Por seu lado, os civilistas tão-pouco têm prestado a devida atenção ao contrato de seguro que, além de ser fonte privilegiada de problemas respeitantes a terceiros, reúne características que lhe permitiriam desempenhar um papel de relevo em tantos outros temas da dogmática civil.³

«[T]odas as questões de direito civil adquirem uma nova dimensão se as olharmos na perspectiva do direito dos seguros: princípios que se apresentam inteiramente esclarecidos no domínio do direito civil, quando aplicados a figuras jurídicas de direito civil aparentemente já estudadas a fundo, dão azo, no direito dos seguros, a questões ainda sem resposta (...). Tudo tem de ser repensado para o domínio do direito dos seguros, reconhecendo-se então que, na aplicação mais comum do direito civil, importantes aspectos passam despercebidos, pelo que a verificação de questões civis a partir do direito dos seguros produz muitas vezes resultados que desenvolvem o próprio direito civil.»⁴

Disse que este é um estudo de direito civil. Com essa afirmação, não pretendo retirar ao direito material dos seguros o lugar que tem vindo a ocupar no seio do direito comercial, e muito menos me move o propósito de negar a «autonomia» deste último em relação ao direito civil. Limito-me a sublinhar que, não obstante a sua autonomia, o direito comercial surgiu como o «prolongamento lógico de múltiplas concepções civis», sendo aplicado «em conjunto com os mais diversos institutos comuns».⁵ As profundas raízes

2 O problema extravasa as nossas fronteiras. Cfr. os termos vigorosos em que o afirma CLARKE, *Policies*, p. 357. O autor lamenta-se do fenómeno que denomina «síndrome do feiticeiro» (*high priest syndrome*). Com este epíteto, refere-se àqueles «que se deleitam com um misticismo jurídico moderno, elevando as suas vistas curtas, e o correspondente vício da ignorância, à virtude da especialização».

3 Note-se, em jeito de ilustração, que o contrato de seguro foi em grande medida responsável pela génese da categoria dos contratos a favor de terceiro, nos ordenamentos que em maior ou menor grau a reconhecem. Entre nós, foi uma fonte de inspiração sempre presente no espírito dos autores materiais dos arts. 443.º a 451.º CC. Paradoxalmente, é também no domínio dos seguros que vamos encontrar uma grande parte dos casos judiciais que têm suscitado as maiores dúvidas de aplicação do regime dos arts. 443.º a 451.º CC.

4 SCHMIDT-RIMPLER, *Versicherungswirtschaft*, p. 100.

5 As palavras são de MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 38. Cfr. ainda CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 7-8 e 10-14. Depois de afirmar que são ténues os traços que permitem destacar o direito comercial do direito civil, o autor sublinha a circunstância de muitos problemas regulados por diplomas de direito comercial – em especial o próprio HGB – pertencem na verdade ao direito civil, e ao domínio do BGB. Designadamente, porque, ainda que destinados a regular institutos de direito comercial, mais não fazem do que reflectir regras gerais de direito civil. O autor acaba por concluir pela

civis do direito comercial estão mais presentes numa matéria do que noutras. Julgo que o tema deste estudo configura uma daquelas matérias em que tais raízes irrompem pela superfície com tamanho vigor que muito dificilmente conseguiria evitá-las sem frequentes tropeções. Longe de mim procurar fazê-lo. Muito pelo contrário, interessa-me explorar as raízes civis do direito material dos seguros, ainda tão pouco exploradas, por comparação com tantas outras matérias de direito privado. É este um estudo de direito civil, em que «a verificação de questões civis» é feita «a partir do direito dos seguros», por sua vez analisado com os olhos de quem se considera, antes de mais, uma civilista.

Aos motivos que estiveram na origem da escolha do tema deste estudo acresce a feliz coincidência de o direito contratual dos seguros estar na ordem do dia, devido à recentíssima aprovação da muita desejada – e aguardada – lei do contrato de seguro,⁶ que entrará em vigor em 1 de Janeiro de 2009.⁷ Contudo, tamanho será o seu impacto que, por razões de ordem prática, este estudo a dá por vigente, ficcionando-se, quanto a esse aspecto, que se escreve já em 2009.

Antes de avançar para um sumário deste estudo, julgo conveniente fazer uma ressalva. Disse que a análise iria incidir sobre a posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. Acrescento agora que com essa análise não pretendo,

insignificância do direito comercial genuíno. Sem necessidade de ir tão longe, neste estudo limito-me a explorar as raízes civis do direito contratual dos seguros.

6 Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Novo Regime*, pp. 23-32. Em Portugal, ao contrário do que aconteceu na maioria dos ordenamentos romano-germânicos, designadamente o alemão, o regime jurídico do contrato de seguro não se vertera ainda numa lei do contrato de seguro, tão-pouco se tendo optado, como foi o caso no ordenamento italiano, pela sua inclusão entre os contratos em especial regulados no Título II do Livro II do Código Civil. Esta última opção foi aliás o resultado de uma tomada de posição de índole geral, de uma preferência por um código civil mais ao estilo do alemão. Vejam-se, contudo, as referências ao contrato de seguro nos arts. 510.º, 702.º, 741.º, 938.º, 1429.º, 1436.º/c), 1481.º, 1733.º/1/e) CC. No passado, merece um lugar de destaque a pormenorizada regulação do Código Ferreira Borges (arts. 1672.º a 1812.º CCom de 1833). Até ao aparecimento da LCS, quer o contrato de seguro em geral, quer alguns dos mais significativos contratos de seguro em especial, encontravam regulação própria, parcelar e desordenadamente, em toda uma série de diplomas legais. No regime legal do contrato de seguro em geral avultavam os arts. 425.º a 462.º CCom, os arts. 176.º a 193.º RGES, o DL n.º 176/95, de 26 de Julho, o DL n.º 142/2000, de 15 de Julho. Após algumas tentativas abortadas, foi levada a bom termo esta empreitada, com a aprovação da LCS. É claro que, com a sua entrada em vigor, um número muito significativo de questões continuará a ser resolvido, como até então, com base no Código Civil. A lei não deixa de o reconhecer, designadamente, no art. 4.º LCS.

7 Cfr. o art. 6.º do DL n.º 72/2008, de 16 de Abril. Salvo disposição em contrário, as referências a artigos seguidas da abreviatura «LCS» serão referências aos correspondentes preceitos do «regime jurídico do contrato de seguro» aprovado por aquele diploma, e não ao diploma preambular, que continuará a ser referido como DL n.º 72/2008, de 16 de Abril.

naturalmente, esgotar o exame de todas as situações que, em abstracto, possam de algum modo envolver a participação de terceiros num contrato de seguro. Essas situações são de tal forma numerosas e variadas que, com toda a probabilidade, semelhante empreitada perderia em profundidade – e porventura em utilidade – bem mais do que ganharia em extensão. Mais do que reflectir na íntegra todas essas situações, interessa seleccionar umas quantas que melhor possam servir de matéria-prima à análise das diversas posições jurídicas que podem ser ocupadas por terceiros em face de um contrato de seguro. Urge, por conseguinte, delimitar com maior precisão o objecto de estudo.

A base deste estudo foi recolhida, na sua grande maioria, entre as várias classes de seguros de pessoas.⁸ Em tema de seguros individuais, as situações analisadas respeitam, essencialmente, a contratos de seguro de vida e de responsabilidade civil. Nos seguros colectivos, foi-se ainda beber inspiração aos seguros de acidentes pessoais. Pontualmente, sempre que o contexto o justifica, os exemplos tratados provêm de outras áreas do direito contratual dos seguros. Entre as ausências, a mais notada será talvez a dos seguros de transporte marítimo, fluvial ou terrestre. É esse um campo tão rico em situações envolvendo terceiros que facilmente se escreveriam – e se escreveram – várias monografias inteiramente dedicadas a esse tema. Deve-se esta ausência, não a razões de natureza científica, mas a uma escolha pessoal na fase de delimitação do trabalho. Entre as presenças efémeras, dá-se como exemplo a posição do credor hipotecário perante um seguro do bem hipotecado. Por fim, cumpre notar que não interessam a este estudo, de uma forma geral, as posições dos transmissários de um seguro – dos que sucedem na posição dos primeiros contraentes ou seus sucessores. Estes não são terceiros mas partes, conforme a terminologia que adiante exponho, sendo de ordem distinta as dificuldades que suscitam.

(1.) Na primeira parte, ainda introdutória, examino o contrato de seguro enquanto instituto de direito privado contemporâneo, com vista, fundamentalmente, a encontrar bases dogmáticas para a análise subsequente, procurando contribuir, de alguma forma,

8 Para a definição da categoria dos seguros de pessoas que prefiro e utilizo, cfr. *infra* o texto junto à n. 574. Trata-se de uma classificação baseada no critério do objecto a partir do qual se define a cobertura e não do objecto sobre que incide o risco primário. Neste momento, interessa apenas ter em conta que, de acordo com esta classificação, os seguros de pessoas incluem no seu seio, para além das classes de seguros vulgarmente neles enquadradas, também os seguros de responsabilidade civil.

para fazer face à escassez de estudos de direito português sobre o contrato de seguro. (1.1.) Embora também aluda a alguns conceitos não jurídicos, o discurso, nesta primeira parte, desenrola-se essencialmente no plano da qualificação de um contrato como contrato de seguro. É indispensável não perder de vista que o universo dos contratos de seguro é mais amplo do que o universo, nele contido, dos contratos de seguro admissíveis no nosso ordenamento. E que, por sua vez, o universo paralelo dos contratos de seguro de alguma forma «inadmissíveis» no nosso ordenamento é mais amplo do que o universo dos contratos de seguro *inválidos* e dos contratos de seguro *inefcazes* nesse mesmo ordenamento. A invalidade e a ineficácia são apenas algumas das mais importantes consequências, para um contrato, da sua desconformidade à lei. Toda uma série de confusões resulta da falta de consciência da separação analítica entre os planos da qualificação e da admissibilidade, e mais concretamente da validade e eficácia de um contrato de seguro. Porque só faz sentido delimitar um instituto se se compreender o alcance teórico e prático dessa delimitação, farei uma breve referência à análise conceptual e à análise tipológica do contrato de seguro, destinada a precisar o sentido da qualificação, ou não, e para que efeitos, de um dado negócio jurídico como um contrato de seguro.

(1.2.) Porque o estudo trata de pessoas, começo por nomear os vários sujeitos a que farei referência, explicando sumariamente quem são e a função que desempenham nas relações de seguro: segurador e tomador do seguro, segurado e pessoa segura, beneficiário, terceiro beneficiário e terceiro titular de um direito de acção directa, e finalmente simples destinatário da prestação. Em suma, de entre os sujeitos nas relações de seguro, distingo em primeiro lugar aqueles que são necessariamente partes, ou melhor as partes necessárias do contrato, que são o segurador e o tomador do seguro. As restantes qualidades em que um sujeito pode participar numa relação de seguro podem (i) coincidir na pessoa do tomador; (ii) dar azo a partes adicionais; ou corresponder a terceiros (iii) titulares de situações activas criadas pelo contrato; (iv) com direitos relativos ao contrato mas fundados na lei; (v) sem direitos ou outras situações jurídicas activas face ao contrato, mas relativamente aos quais este é de algum modo juridicamente relevante, designadamente, por funcionar como «causa» da atribuição por si percebida. A identificação e nomeação dos vários sujeitos nas relações de seguro resulta, em parte, de

opções terminológicas e, noutra parte, de uma intenção de rigor conceptual na exposição que se segue.

(1.3.) Segue-se um esboço do que me parece ser a definição adequada de contrato de seguro: o contrato pelo qual uma parte, mediante retribuição, suporta um risco económico da outra parte ou de terceiro, obrigando-se a dotar a contraparte ou o terceiro dos meios adequados à supressão ou atenuação de consequências negativas reais ou potenciais da verificação de um determinado facto.

Em seguida, centro a minha atenção, sucessivamente, nos dois elementos estruturantes da relação contratual de seguro: (2.) o risco e (3.) o interesse. Faço-o, não só porque possibilitam a sua delimitação dos demais tipos contratuais, mas sobretudo porque serão de particular utilidade para o objectivo último do estudo, desempenhando, na segunda parte, um papel primordial na destrição entre as várias posições ocupadas pelos vários sujeitos nas relações de seguro.

(2.1.) Começo por identificar os elementos do conceito de risco: (2.1.1.) Possibilidade: não há risco sem incerteza. A incerteza que caracteriza o risco de seguro deverá respeitar: (i) à ocorrência do sinistro; (ii) ao momento de ocorrência do sinistro; e/ou (iii) à magnitude das consequências do sinistro. Em virtude de uma ou mais destas variáveis, o sinistro deve ser atinente à ordem da «possibilidade», no sentido que este termo assume quando se opõe, simultaneamente, à necessidade e à impossibilidade do resultado contemplado. (2.1.2.) Desvalor: o risco não se resume à verificação asséptica de uma incerteza. Ao elemento descritivo, o juízo de risco acrescenta um elemento normativo: as possibilidades de ocorrência e de não ocorrência do resultado contemplado deverão ser diversamente valoradas pelo sujeito que o formula. O juízo de risco é um juízo de (des)valor. Como tal, só representam um risco as possibilidades com algum impacto na vida de um «sujeito do risco». Num contrato de seguro, há que distinguir entre o risco primário, que pode incidir sobre um qualquer aspecto da realidade fisicamente possível, e o risco de seguro, que se traduz na possibilidade de não satisfação de uma necessidade económica do segurado. Assim se encontra o elemento de desvalor naquelas classes de seguros que respeitam a *sinistros desejados*. O risco coberto não será, nesses casos, a ocorrência do sinistro, em si mesma considerada, mas antes a sua ocorrência sem que o

segurado disponha dos meios apropriados para lhe fazer face. É este receio que o leva, em todos os casos, a procurar a cobertura do seguro.

(2.2.) Caracterizo os juízos de risco e o fenómeno do risco. (2.2.1.) Percepção: informação-acção. Não há juízo de risco sem o sujeito que o formule: não há risco sem percepção. E tão-pouco há risco sem a identificação de uma possibilidade de escolha para a acção: não há risco sem decisão. No domínio dos seguros, não se exige a consciência do risco por parte de quem o corre – o sujeito do risco – mas apenas por parte do decisor: quem contrata. No plano da qualificação, não se exige ao tomador a consciência psicológica do risco, mas apenas o seu reflexo no texto contratual. Somente no plano da admissibilidade a lei exige que esse reflexo seja o resultado de um juízo de risco positivo, sob pena de invalidade do contrato por inexistência de risco. (2.2.2.) Subjectividade: a inevitabilidade da mediação humana. O juízo de risco não incide directamente sobre o mundo: corresponde antes a um juízo modal sobre a verdade ou falsidade de uma proposição. Toda a proposição que consideremos se afasta do mundo na medida em que pressupõe a mediação humana na selecção, descrição e organização dos seus elementos. Reconhece-se hoje que há elementos de subjectividade em toda a avaliação do risco: admite-se que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objectiva e a probabilidade dita subjectiva. No que respeita ao contrato de seguro, há ainda que ter em conta, também por causa disso, mas não só, que o risco seguro é uma construção das partes, é algo de estipulado no contrato, muito embora se funde num juízo de risco necessariamente prévio ao acto de contratar.

(2.2.3.) Percepção: falta de informação. Para o recurso às leis da probabilidade basta que a falta de informação exista e se traduza em incerteza. Não é necessário que possamos distinguir entre ignorância necessária e ignorância contingente. No domínio dos seguros, a objectividade no juízo de risco não é condição *sine qua non* da qualificação de um contrato como um seguro. No nosso ordenamento, não é sequer condição de admissibilidade de um contrato de seguro. A mensurabilidade do risco também não é requisito (jurídico ou económico) de segurabilidade. (2.2.4.) Prognose. O juízo de risco é sempre um juízo de prognose: um juízo dirigido para o futuro. Simplesmente, os factos em que o juízo se funda não são necessariamente futuros: só o seu impacto na vida do sujeito do risco deve ter algo de futuro. No plano da qualificação, a cobertura de riscos

relativos a factos passados não coloca dificuldades. No plano da admissibilidade, releva o momento em que as partes deles tomaram conhecimento, e não o tempo em que os factos ocorreram.

(2.3.) Identifico as características adicionais do risco de seguro. (2.3.1.) Elementaridade. Podem adoptar-se duas perspectivas distintas na identificação e análise do risco. Referimo-nos ao risco numa perspectiva *elementar* quando aferimos a sua medida em função da probabilidade do resultado e da magnitude das suas consequências. Numa perspectiva institucional, identificamo-lo e medimo-lo em função do grau de volatilidade ou variabilidade do resultado contemplado. É este último que caracteriza a *actividade* seguradora. No entanto, no contrato, só o risco elementar é nota necessária. (2.3.2.) Pureza. Os riscos distinguem-se consoante as alternativas comparadas sejam a ocorrência e a não ocorrência de um único resultado negativamente valorado (x e não- x) ou se comparem distintas possibilidades de perda e de ganho (x, y e z ou de x a z , conforme as possibilidades sejam discretas ou contínuas). No primeiro caso, o risco diz-se puro; no segundo, especulativo. É puro o risco de seguro.

(2.3.3.) Exogeneidade. É pressuposto necessário de um contrato de seguro a formulação, pelas partes, de um juízo de risco anterior e independente do contrato, que constitui o «substrato» do risco seguro, estipulado pelas partes no contrato. (2.3.4.) Casualidade. O risco de seguro não tem, necessariamente, natureza fortuita. Só as eventualidades puramente potestativas escapam à possibilidade de seguro. Em rigor, nestas não há sequer um problema de insegurabilidade mas antes de inexistência de risco. No plano da qualificação, a fronteira estabelece-se na estipulação de um «sinistro» cuja ocorrência seja condição puramente potestativa, na medida em que, nesse caso, o segurado não pode considerar-se sujeito de um risco seguro. Não cobrindo o contrato qualquer risco, não se tratará de um contrato de seguro. (2.4.) Termino com uma delimitação do universo dos contratos de seguro baseada na presença do elemento risco.

(3.1.) Sigo para uma análise do interesse. Faço uma breve incursão pelas raízes do conceito no direito privado moderno, com especial incidência, do lado continental, em Jhering e na jurisprudência de interesses (3.1.1.) e, do lado anglófono, no utilitarismo de Bentham (3.1.2.). (3.1.3.) Deito um olhar à rivalidade entre as teorias do interesse e da vontade em matéria de fundamentação no direito privado contemporâneo, com especial

atenção ao conceito de direito subjectivo. (3.1.4.) Observo a progressiva descaracterização a que se sujeitou o conceito de interesse, dele retendo a ideia da sua maleabilidade, enquanto mera susceptibilidade de fazer algo com um bem.

(3.1.5.) Resta-me averiguar se, em virtude desta sua maleabilidade, o conceito de interesse poderá de algum modo ganhar substância, por forma a que o uso que concretamente dele se faz desempenhe alguma função, em geral, nos vários preceitos de direito privado português que o usam e, em particular, nos preceitos que a ele recorrem, a propósito dos terceiros, na nossa lei civil e na nossa lei do contrato de seguro. Dou resposta afirmativa à questão, não sem apontar alguns exemplos de uso menos feliz, mostrando que, frequentes vezes, os vocábulos «interesse» ou «interesses» seriam facilmente substituíveis por outros mais claros – ou até mesmo suprimíveis – sem perda de sentido dos preceitos em que se inserem. No que respeita aos preceitos mais relevantes para o tema do estudo, aproveito a definição do interesse como relação entre o sujeito de uma necessidade e o bem de que necessita.

(3.2.) Em seguida, centro a atenção no interesse de seguro. Observo o surgimento de dois conceitos de interesse na experiência inglesa (3.2.1.) e na experiência alemã (3.2.2.). (3.2.3.) Concluo que, no plano da qualificação, é nota necessária a presença de um qualquer interesse, sem o qual não estaremos sequer perante um seguro, por faltar o *risco* que este se destina a cobrir. No plano da admissibilidade, a exigência ou não de algo de semelhante, ou mesmo de algo mais, cuja inexistência tornaria o seguro inválido, parece pertencer ao campo da contingência – das opções de política legislativa adoptadas em cada ordenamento jurídico. No nosso, optou-se pela exigência do interesse, em todos os contratos de seguro, sob pena de nulidade. Em qualquer dos planos, o conceito de interesse a que deve recorrer-se é o acima dado, na sua vertente objectiva, não se justificando, no nosso ordenamento jurídico, a distinção entre um conceito amplo e um conceito restrito de interesse de seguro. Explico que todos os tipos de seguros podem configurar-se como seguros de danos. Contudo, não é na sua vertente de relação de valor que o interesse é nota necessária em todo o contrato de seguro – enquanto nota necessária, este deverá estar presente, quer nos seguros de danos, quer nos seguros de capitais.

(3.2.4.) Sigo para a consideração, mais em pormenor, de um dos elementos que compõem o conceito de interesse: a ideia de satisfação de uma necessidade. Detenho-me na querela entre os partidários das teorias de que todo o seguro assenta (i) na ideia de satisfação de uma necessidade; ou (ii) na ideia de ressarcimento de um dano; bem como (iii) das teorias que negam a possibilidade de recondução de todos os seguros a uma única função.

(3.2.5.) Nego que seja da essência de um seguro – de qualquer seguro – a natureza ressarcitória da prestação do segurador. E rejeito a separação dos seguros entre os que visam a satisfação de uma «necessidade concreta» e os que se destinam a satisfazer uma «necessidade abstracta»: constitutiva do seguro será, em todos os casos, apenas esta última. Recorro à ideia abstracta de interesse, e mais especificamente à ideia abstracta de necessidade, para unificar o conceito de seguro. Numa palavra, o interesse afere-se *ex ante* e refere-se ao fim e não à medida da necessidade. Que não se confunda o destino convencional da prestação, aquilo para que ela está orientada, para que tem de servir, com a existência de um dever legal de apenas satisfazer uma necessidade – concreta – o que normalmente não se exige em contrato algum.

(3.3.) Fecho um círculo traçando o percurso do interesse novamente para o risco. (3.3.1.) No contrato, sublinho a necessidade de uma finalidade previdencial estipulada. Se todos os contratos se destinam a satisfazer necessidades, e muitos servirão para satisfazer necessidades eventuais, já não será correcto afirmar que em todos eles a necessidade se encontre necessariamente estipulada – o que é nota necessária no próprio texto do contrato de seguro. E muito menos que fará parte do texto a sua satisfação por via da prestação convencional. Este último elemento determina a natureza económica, se bem que não necessariamente pecuniária, do interesse seguro. Temos, no contrato de seguro, uma primeira relação de interesse – do sujeito com o objecto exposto ao risco primário – seja ele coisa ou pessoa – e uma segunda relação de interesse – do sujeito com a prestação do segurador. O interesse de seguro aglutina ambas as relações. Neste sentido, e apenas neste sentido, é mais restrito do que o conceito de interesse a que fazem referência os preceitos relevantes da nossa lei civil.

É neste ponto que o conceito de interesse vem acrescentar algo de novo ao conceito de risco para o efeito da determinação do que seja o contrato de seguro. Se o conceito de risco já contém em si a ideia de impacto, de desvalor, esta refere-se apenas à primeira

destas relações – à relação entre o sujeito e o bem exposto ao risco primário. O que o interesse vem acrescentar é esta consciência de que também se perspectiva no seguro uma relação entre o sujeito do risco e a prestação do segurador, e que é nesta última relação que se situa a finalidade de satisfação de uma necessidade eventual. (3.3.2.) De resto, não há um *numerus clausus* de modalidades ou tipos de contratos de seguro. E tão-pouco se exige a seriedade do interesse de seguro.

(3.3.3.) As referências textuais ao risco e ao interesse são notas necessárias num contrato de seguro. Já não a mutualização. Enquanto plano que transparece no texto contratual, a mutualização é, isso sim, nota eventual num contrato de seguro. É um mero indício – um indício forte – de que estamos perante um seguro. Mas a sua falta não afasta a qualificação de um contrato como um seguro – embora possa conduzir ao juízo de que o contrato é nulo.

Uma vez encerrados os capítulos relativos ao risco e ao interesse, preocupo-me com o enquadramento do contrato de seguro na teoria geral do direito dos contratos. Direito dos contratos, e não direito das obrigações, porque (i) não examinarei quaisquer relações de seguro que não tenham origem num contrato; e porque (ii) não examinarei o contrato unicamente na sua vertente de fonte de obrigações. Começo por analisar cada uma das atribuições das partes (4.) e termino com um exame da relação contratualmente estabelecida entre os contributos de ambas as partes para o contrato (5.).

(4.1.) Analiso a atribuição do tomador. Na lei portuguesa, temos o «regime geral» e o «regime especial» de pagamento do prémio de seguro. Os contratos regulados pelo primeiro constituem ou não, na esfera do tomador, um dever de pagar o prémio, consoante o que as partes estipularem. Dos contratos de seguros regulados pelo segundo, por imposição da lei, não chega a emanar um verdadeiro dever, mas apenas um ónus de pagamento do prémio. Nota necessária num contrato de seguro é a sua onerosidade: o pagamento do prémio tem de estar previsto, mas não necessariamente enquanto cumprimento de uma obrigação do tomador.

(4.2.) Analiso a atribuição do segurador. (4.2.1.) Num contrato de seguro, o segurador obriga-se perante o tomador ao pagamento de uma «indenização» em caso de ocorrência do sinistro. Falo em «pagamento» e «indenização» para simplificar, sendo

certo (i) que a sua prestação pode ou não corresponder ao pagamento de uma quantia em dinheiro e (ii) que só num sentido muito amplo esta se qualificará, em todos os casos, como uma «indenização» em sentido próprio. (4.2.2.) Em qualquer dos casos, é esta a única conduta a cujo cumprimento o segurador se vincula e que pode ser exigida pelo credor. A suportação do risco – a cobertura – não corresponde a uma conduta, mas sim a um «estado de vinculação» em que o segurador se coloca por efeito da celebração do contrato. É uma atribuição, mas não, ela própria, uma prestação. (4.2.3.) Não obstante, esta atribuição do segurador – a cobertura – é a contrapartida do pagamento do prémio.

(4.3.) Para terminar, digo umas palavras sobre o «objecto» do contrato de seguro. Explico que, no plano da qualificação, as referências ao risco e ao interesse devem integrar o seu texto – são notas necessárias num contrato de seguro. Mas não integram o seu conteúdo, como seus efeitos jurídicos. No plano da admissibilidade, o risco e o interesse são «pressupostos» do contrato de seguro: sem a sua existência o contrato é nulo ou caduca. Contudo, não fazem parte do seu objecto, não se contando entre os bens que o contrato proporciona. o risco e o interesse não fazem parte do objecto do contrato de seguro e tão-pouco do seu conteúdo. Todavia, por serem seus pressupostos, a sua falta gera nulidade ou caducidade por impossibilidade do objecto.

(5.1.) No que respeita à estrutura do contrato e, em particular, à relação entre as atribuições das partes, defendo a classificação do seguro como um contrato sinalagmático. (5.1.1.) Observo o caminho percorrido pela doutrina, sobretudo germânica, em que alicerço as minhas conclusões sobre o tema. Porventura em virtude das especificidades do sistema jurídico alemão, a doutrina de expressão germânica tende a ficar-se pelo reconhecimento de uma relação de natureza sinalagmática entre uma obrigação incondicional e uma obrigação condicional. Entendo que, da análise do regime jurídico dos contratos sinalagmáticos, decorre a necessidade de adopção de um conceito alargado de sinalagma, que contemple todos os contratos com reciprocidade de atribuições. O contrato de seguro é sinalagmático: nele se estipula uma relação de troca entre o pagamento do prémio – precedido ou não de um dever de prestar – e a cobertura – estado de vinculação consistente na mera possibilidade de constituição de uma obrigação.

(5.1.2.) O sinalagma é conteúdo: é um elemento do texto contratual. Mas relaciona-se unicamente com a estrutura do contrato, refere-se à estipulação de uma relação de troca entre o contributo de cada uma das partes para a relação contratual, em nada interferindo com a respectiva relação valorativa. No momento da celebração de um contrato, (i) as partes não estipulam, juridicamente, ou sequer contemplam, economicamente, uma equivalência entre as prestações, em si consideradas, mas antes – nos casos em que as motivam preocupações de equivalência – entre o benefício que retiram do contrato e o sacrifício que este representa para elas; (ii) o benefício que uma parte retira do contrato não tem, necessária ou sequer tendencialmente, um valor idêntico ao sacrifício da outra parte; (iii) a decisão de contratar pressupõe, em geral, a consideração de que o benefício que cada parte retira do contrato é, pelo menos, ligeiramente superior, e não equivalente, ao sacrifício que o contrato para elas representa; (iv) no momento da contratação, o controlo material da equivalência entre o contributo de cada uma das partes para o contrato é algo de comum a todos os contratos onerosos e não apenas aos sinalagmáticos; (v) nestes últimos, o direito protege o sinalagma, ou seja a relação de corresponsabilidade ou interdependência entre o contributo de cada uma das partes para o contrato – e não apenas entre as respectivas prestações – contra eventuais perturbações das próprias atribuições – e não do seu valor – que considere significativas, só recorrendo ao seu valor ao tempo do cumprimento, e não ao tempo da contratação, para determinar em quanto é que o sinalagma vai importar.

(5.1.3.) Por fim, uma precisão, no sentido de que, nos contratos de seguro «uniobrigacionais», em que os efeitos se produzem apenas na sequência do pagamento do prémio, temos, não propriamente um sinalagma, mas um meio sinalagma: apenas num dos lados temos um *do ut des*, existindo do outro um *do quia dedisti* (dou porque deste). Nesses casos, o sinalagma só funciona em toda a sua plenitude após o «cumprimento» do que não chega a ser um dever de prestar.

(5.2.) O seguro é um contrato aleatório. (5.2.1.) A aleatoriedade do seguro não o retira do domínio dos contratos de troca: funda-se num erro a tradicional contraposição entre contratos aleatórios e contratos comutativos. O seguro é um contrato aleatório, não por lidar com um risco anterior e independente do contrato, mas por *criar* uma álea, que aqui tem a particularidade de se relacionar com o risco anterior e independente do contrato

que o caracteriza como um contrato de seguro. Nesta sede, distingo o que por vezes se chama a álea normal dos contratos, extrínseca ao contrato, e a álea específica dos contratos aleatórios, que lhes é intrínseca. Afasto alguns mitos que se desenvolveram a propósito desta última. (5.2.2.) Entre estes, sobressai o da impossibilidade de avaliá-la ou medi-la.

(5.2.3.) O contrato de seguro pode classificar-se na categoria dos chamados «contratos de risco». Aceito-o, sem disso retirar consequências de regime, mas rejeito que esta categoria se contraponha às categorias dos contratos com estrutura de troca, de liberalidade ou de cooperação. Multiplicam-se os exemplos de contratos de risco que são, simultaneamente, contratos de troca, de liberalidade ou de cooperação. Semelhante sobreposição não faz deles contratos mistos. Em especial, não há qualquer incompatibilidade entre a classificação do seguro como um contrato de risco e a sua classificação como um contrato de troca, visto tratar-se de classificações ortogonais, resultantes da aplicação de critérios distintos. (5.2.4.) Questiono que exista uma fronteira clara entre os contratos de seguro e de garantia (autónoma). O seguro é um dos «grandes tipos contratuais»: tipos com um número reduzido de notas distintivas, em regra simples, a que se reconduz toda uma variedade de negócios. Mais não é do que a atribuição remunerada de uma garantia. Classifico o seguro no seio da categoria mais ampla dos «contratos de garantia». Estes definem-se, não pela estrutura que relaciona as várias atribuições das partes, mas pelo conteúdo de apenas um dos lados da relação – no caso do seguro, o lado do segurador, na medida em que o que nos permite assim caracterizá-lo é a sua atribuição característica – a cobertura. Os contratos de garantia tão-pouco se contrapõem aos contratos de troca, liberalidade ou cooperação.

(5.3.) O contrato de seguro constitui, típica mas não necessariamente, uma relação contratual duradoura. É um contrato em que a passagem do tempo é constitutivamente relevante, apesar de não existir uma obrigação duradoura, na modalidade de execução continuada, porque a suportação do risco não é uma prestação. A cobertura do seguro corresponde a uma atribuição duradoura, de realização continuada, visto que o seu conteúdo e extensão se delimitam em função do tempo.

(5.4.) Neste ponto, estou em condições de apontar a necessidade de alargar o conceito de sinalagma a todos os contratos com troca de atribuições, entre os quais alguns contratos

aleatórios, e alargar o conceito de relação contratual duradoura aos contratos com pelo menos uma atribuição de realização continuada, aplicando ao contrato de seguro o regime legal dos contratos sinalagmáticos de execução continuada. Termino com uma demonstração destas asserções com base nos respectivos regimes jurídicos. (5.4.1.) Mostro, com o exemplo do contrato de seguro, que uma grande parte do regime dos contratos sinalagmáticos não pressupõe a interdependência de obrigações ou sequer de prestações, mas apenas a interdependência de atribuições. (5.4.2.) Mostro ainda que devem aplicar-se ao contrato de seguro até mesmo aqueles aspectos do regime dos contratos sinalagmáticos de que, noutras paragens, frequentemente se afastam os contratos aleatórios. (5.4.3.) Finalmente, mostro que nada no regime dos contratos de execução continuada pressupõe a existência de prestações de duração, mas unicamente a relevância constitutiva da passagem do tempo no contrato, ou seja, a existência de atribuições de duração.

(6) A segunda parte deste estudo é dedicada aos vários terceiros. Na exposição, parto do geral para o particular. Alargando o olhar ao direito civil, observo, em primeiro lugar, os direitos ou outras situações jurídicas activas de que os terceiros podem ser titulares em face de um contrato. (6.1.) Começo com um exame do «princípio da relatividade» ou «do efeito relativo» dos contratos. Defino o seu escopo na sua configuração histórica e de fontes, tomando como ponto de partida os ensinamentos da teoria da oponibilidade. O princípio determina que a «força normativa» do contrato não se estende a terceiros. Quer isto dizer que são relativos, não apenas os vínculos obrigacionais criados pelo contrato, não podendo as partes tornar um terceiro seu credor ou devedor, mas, mais amplamente, que é relativa toda a vinculatividade do contrato, os efeitos normativos das estipulações das partes, não podendo estas tornar um terceiro sujeito activo ou passivo de nenhuma das suas criações. Já as situações activas ou passivas criadas nas esferas jurídicas das partes em resultado do exercício da respectiva autodeterminação – sejam elas de natureza real ou meramente creditícia – serão, enquanto tais, em maior ou menor grau, oponíveis aos terceiros, que, na medida em que as circunstâncias assim o exijam, deverão respeitá-las.

(6.2.) Sigo para a análise dos direitos ou outras situações jurídicas activas de fonte contratual. Dou primazia ao instituto do contrato a favor de terceiro. É este o principal

desvio ao lado positivo do princípio do efeito relativo dos contratos. Um desvio de monta, dado que, em termos de dogmatização final, reduz o princípio a metade. (6.2.1.) Esclareço em que consiste este instituto de direito civil: o contrato a favor de terceiro é um contrato em que se estipula um efeito jurídico positivo de terceiro. Por contrato a favor de terceiro, pode criar-se na esfera jurídica do terceiro muito mais do que um direito subjectivo. Mas poderá fazer-se referência à situação do terceiro recorrendo à linguagem do direito subjectivo, dizendo que àquele se confere um direito de *fazer valer* certos termos do contrato, quaisquer que eles sejam. (6.2.2.) Nesta sede, aponto o dedo a uma inversão metodológica comum no que respeita ao teor do art. 443.º/1 CC. Esclareço que esta é uma norma permissiva, *rectius*, de atribuição de «competência», necessária por causa do princípio legal e histórico da relatividade dos contratos, e não uma regra de pretensão. Dela se retira que, por contrato, podem as partes estipular a favor de terceiro – *e nunca que*, num dado caso concreto, *o fizeram*. Essa é já tarefa que cabe à interpretação: a análise será, neste aspecto, casuística, e não conceptual ou tipológica. Isto, embora a presença de uma estipulação para terceiro possa ser nota eventual ou até mesmo necessária de alguns tipos ou subtipos contratuais. Por fim, não se exige, para a qualificação de um contrato como a favor de terceiro, que o estipulante actue no interesse do terceiro, e tão-pouco se exige, inversamente, que o estipulante actue no seu próprio interesse e não no do terceiro. A qualificação de um contrato como a favor de terceiro é o resultado de uma resposta afirmativa à questão interpretativa de saber se nele foram estipulados efeitos jurídicos positivos de terceiro.

(6.2.3.) Sublinho a natureza supletiva de grande parte do regime legal do contrato a favor de terceiro. Entre as disposições de natureza supletiva destacam-se (i) o regime de consolidação da situação criada na esfera jurídica do terceiro – o advento da sua irrevogabilidade – e, dentro deste, o regime de adesão do terceiro ao benefício; (ii) bem como, nos contratos obrigacionais, o regime de atribuição cumulativa da faculdade de exigibilidade da prestação. Nesta sede, analiso a relação entre as posições jurídicas do estipulante e do terceiro nos casos em que a ambos se reconhece um direito de exigir do promitente o cumprimento do seu dever de prestar. Defendo que *ambos* são credores. Para o justificar, distingo as qualidades de credor e de destinatário material de uma prestação. Fora dos casos especiais em que, por alguma razão, um credor não pode exigir a prestação, a sua posição define-se pela faculdade de exigibilidade da prestação e pela

permissão específica de aproveitamento da prestação – não pela competência de aquisição. Por último: (iii) também é supletivo o regime de oponibilidade ao terceiro dos meios de defesa que o promitente tem contra o estipulante.

(6.2.4.) Centro a atenção no requisito do interesse do estipulante. Analiso a exigência de um interesse «digno de protecção legal» do estipulante na promessa e comparo-a com a exigência de um interesse do credor na prestação, igualmente «digno de protecção legal». Esclareço que, muito embora se assemelhe a redacção de ambas as exigências da nossa lei, são distintos, na sua origem, os desenvolvimentos históricos que lhes subjazem. Não obstante, adiro à ideia de que ambos encerram, actualmente, uma afirmação de juridicidade. O primeiro traz de novo uma exigência de um verdadeiro efeito jurídico atributivo do estipulante para o terceiro. Sublinho, contudo, que uma coisa é o interesse na prestação e outra coisa, bem distinta, é o interesse na constituição da obrigação e, mais amplamente, na vinculação do promitente ao contrato, perante o estipulante e perante o terceiro. Nalguns casos, mas não noutros, ao estipulante basta a constituição do direito do terceiro, pouco lhe importando a sua efectiva satisfação. O que aqui digo acerca da dignidade de protecção legal também se aplica a semelhante referência na lei do contrato de seguro.

(6.2.5.) Indico algumas vulnerabilidades que se criam com a estipulação, num contrato, de efeitos de um terceiro, sobretudo se se tratar de um contrato sinalagmático. Noto que, não obstante a eventual irrevogabilidade do benefício, o terceiro não se encontra protegido de uma violação do contrato pelo estipulante. Este pode obrigar-se perante o terceiro a cumprir o contrato mas não é forçoso que o faça. Distinguindo-se os efeitos de terceiro em instantâneos e duradouros, quanto a estes últimos, o que se encontra vedado ao estipulante, por natureza, é a sua cessação ou alteração *retroactiva*. De resto, a irrevogabilidade do direito do terceiro traz uma complexidade acrescida às relações entre os três sujeitos no contrato, caso venham a ocorrer perturbações no cumprimento da obrigação do promitente, problema que se complica sempre que haja vários remédios admissíveis entre os quais caiba escolher. Deve separar-se o que respeita à obrigação do que respeita ao contrato. O terceiro tem ao seu dispor todos os instrumentos próprios do credor, cabendo ao estipulante, em princípio, os mecanismos contratuais propriamente ditos, e também lhe assistindo, salvo disposição em contrário, os instrumentos próprios

do credor, domínio em que concorre com as pretensões do terceiro. A posição do estipulante enquanto contraente sofre necessariamente alguns ajustes, quando comparada com a de um vulgar contraente, na medida em que lhe está vedado desvirtuar a posição do terceiro, que naturalmente depende, até certo ponto, da subsistência do contrato. Nalgumas circunstâncias, torna-se necessária alguma cooperação entre o estipulante e o terceiro. No que concerne à posição do estipulante enquanto credor, a rejeição da necessária subordinação do direito de crédito do estipulante ao direito de crédito do terceiro, que defendo, implica que a resposta a toda uma série de questões fique dependente de uma análise casuística, destinada a determinar, em cada caso concreto, qual dos dois é o principal credor.

(6.2.6.) Trato, em seguida, o problema das obrigações de restituição a que poderá dar azo a execução de um contrato a favor de terceiro inválido ou ineficaz. Todo o contrato serve de fundamento jurídico às atribuições dele resultantes. Uma atribuição de facto que se vê sem a respectiva atribuição jurídica deve, em princípio, ser restituída. No caso de um contrato a favor de terceiro válido e eficaz, em sentido próprio ou impróprio, o terceiro pode opor ao promitente o teor do contrato, assim frustrando uma eventual acção de enriquecimento sem causa contra si proposta. Já não poderá fazê-lo contra o estipulante. Em caso de ineficácia do contrato a favor de terceiro, distingo (i) os contratos a favor de terceiro em que a atribuição do estipulante ao terceiro se esgota com a constituição do direito de crédito de terceiro; e (ii) os contratos a favor de terceiro em que a atribuição do estipulante inclui o próprio acto de prestar ao terceiro ou o seu resultado. O promitente tem uma pretensão de restituição contra o principal atributário da sua prestação, ou contra ambos os atributários, se o forem em igual medida. Nos primeiros casos, este será o terceiro. Nos segundos, o terceiro merece especial protecção se o promitente estipulara um compromisso de cumprir uma obrigação do estipulante perante o terceiro. Semelhante grau de protecção não se justifica em caso de atribuição gratuita do estipulante ao terceiro. Transponho para alguns casos de invalidade do contrato a favor de terceiro este raciocínio, no que respeita à *identificação* do obrigado à restituição, sem prejuízo da diferença de regime a que esta obrigação se encontra subordinada. Termino com uma análise de alguns casos em que o problema subjacente ao enriquecimento não é a invalidade ou ineficácia do contrato mas antes a ocorrência de perturbações na sua execução.

(6.2.7.) A exposição sobre o contrato a favor de terceiro acaba com a análise de um seu exemplo paradigmático: o contrato de seguro de vida a favor de terceiro. Nesta sede, distingo os seguros a favor de terceiro de «tipo A» (em que o terceiro é beneficiário); os seguros a favor de terceiro de «tipo B» (em que o terceiro é segurado); os seguros a favor de terceiro de «tipo A + B» (com um terceiro segurado e um terceiro beneficiário). A que acrescem os seguros sobre a vida de terceiro sem ser a favor de terceiro (o terceiro é apenas pessoa segura). A minha análise centra-se no seguro de vida em caso de morte em que o tomador é simultaneamente segurado e pessoa segura e o terceiro é beneficiário (tipo A). Distingo a posição do terceiro em função da (i) irrevogabilidade; ou (ii) revogabilidade do benefício. Na primeira hipótese, o terceiro será titular de um direito subjectivo, incondicional ou condicional consoante a prestação seja *certus* ou *incertus an*. Neste último caso, o seu direito corresponde a uma expectativa jurídica. Na segunda hipótese, a lei não reconhece ao terceiro a titularidade de qualquer direito ou expectativa jurídica: o terceiro só adquire a sua situação jurídica com a morte da pessoa segura. Até lá, apenas beneficia reflexamente da tutela oferecida ao estipulante.

Sem pretensões de exaustividade das configurações possíveis de um seguro de vida a favor de terceiro, analiso cinco hipóteses de configurações possíveis de seguros de vida em função da coincidência ou separação dos sujeitos que desempenham os papéis de tomador, segurado, pessoa segura e beneficiário, com vista a tornar mais explícita cada uma destas qualidades dos vários intervenientes num contrato de seguro. Nesta sede, dou maior atenção à figura do segurado. Rejeito o recurso ao conceito de interesse para definir a figura e proponho duas fórmulas para a sua identificação: nos seguros de danos o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de capitais é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários.

Por fim, noto a existência do que chamo seguros «a favor de terceiro a favor de terceiro»: estes demonstram como, por via de um contrato, pode um terceiro praticar um acto dispositivo atributivo, ainda que indirecto, a favor de outro terceiro. Analiso as formas de reagir contra os actos dispositivos atributivos do tomador-segurado e sobretudo do terceiro-segurado. Ao fazê-lo distingo os casos em que (i) ao terceiro-segurado é conferido o direito de vir a beneficiar outro terceiro; (ii) o terceiro-segurado tem uma expectativa jurídica de vir a fazê-lo; (iii) tem somente a esperança, juridicamente

irrelevante, de um dia poder vir a fazê-lo, sem ser titular de uma situação actual de que possa no imediato fazer-se valer.

(6.3.) Toco ainda, muito brevemente, o tema do contrato com eficácia protectora de terceiro. Nesta sede, analiso o caso particular do contrato de seguro de vida em que a pessoa segura, que nele consente, não desempenha qualquer outro papel no contrato. Não obstante as suas afinidades com o contrato a favor de terceiro, a protecção conferida ao terceiro tem a sua fonte no direito objectivo.

(6.4.) No domínio dos direitos de fonte «paracontratual», analiso a figura da «acção directa». Com a primeira expressão, pretendo referir-me aos casos em que a situação de terceiro não é estipulada pelas partes no contrato, decorrendo no entanto do direito objectivo que a existência do contrato, juntamente com algumas outras circunstâncias, determinam a sua constituição na esfera do terceiro. (6.4.1.) Começo por debruçar-me sobre a sua criação e desenvolvimento no direito civil em geral. Sublinho a sua contraposição à acção oblíqua: outrora como agora, a expressão «acção directa» faz referência aos casos em que um credor pode agir directamente contra um devedor do seu devedor. Aponto as razões pelas quais não faria sentido aplicar aos direitos de acção directa o regime jurídico do contrato a favor de terceiro (e vice-versa).

(6.4.2.) Em seguida, analiso os direitos de acção directa dos terceiros lesados nos seguros de responsabilidade civil. Distingo os seguros de responsabilidade civil (i) que se limitam a conferir ao tomador-segurado um direito de exoneração da sua dívida para com o terceiro lesado; (ii) os que conferem a este último uma pretensão contra o segurador; e (iii) os que dão azo a um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador. Em todos eles, o terceiro lesado é um destinatário em sentido substancial e não um mero receptor formal da prestação. No segundo grupo de casos, é ainda titular de um direito de fonte contratual. No terceiro, de um direito de fonte «paracontratual» – o direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador configura uma extensão, legalmente prescrita ou judicialmente reconhecida, da responsabilidade do segurado perante o terceiro lesado. Este torna-se, por força da lei, titular de uma obrigação de ressarcimento dos danos sofridos pelo terceiro lesado. Em quaisquer casos, o direito de crédito do tomador-segurado não inclui a competência de aquisição da indemnização, mas unicamente a faculdade de exigir que o seu pagamento seja feito ao terceiro,

acompanhada da permissão específica do aproveitamento da prestação, que no primeiro e terceiro grupos de casos tem como resultado a sua exoneração face ao terceiro mas no segundo grupo de casos pode abranger o ressarcimento efectivo do terceiro lesado. Não são mutuamente exclusivos o segundo e terceiro grupos de casos, o que é importante porque, não podendo as partes reduzir a protecção conferida ao terceiro lesado pelo regime legal que lhe confere um direito de acção directa, está-lhes aberta a possibilidade de ampliarem essa protecção.

(7.) Deixando o domínio dos institutos de porte geral, ainda que aplicados aos seguros, afunilo o olhar ao direito contratual dos seguros, com o propósito de identificar as especialidades que apresenta, neste domínio, a contratação por conta de terceiro. (7.1.) Antes de examinar de perto os contratos de seguro «por conta de outrem» ou «de quem pertencer», considero, mais amplamente, o alcance que assumem no direito civil a actuação por conta de outrem e a actuação no interesse de outrem. A actuação por conta de outrem corresponde à actuação juridicamente relevante com o intuito fazer chegar a outrem os seus efeitos económicos. Não se confunde com a actuação no interesse de outrem. Abrange situações de interposição autorizada e de interposição não autorizada: não se exige a existência – ou inexistência – de um acto prévio de encarregar por parte daquele por conta de quem se age, ou de qualquer outra espécie de legitimação. Qualquer destas modalidades de actuação por conta pode dar azo a contratos de seguro. Sublinho que, ao contrário do que se passa noutros domínios do direito civil, o seguro por conta de outrem não regula a relação por conta, mas apenas o seu resultado: o contrato celebrado por conta: o contrato de seguro. O que separa o contrato de seguro dos demais é o interesse do segurado. É este o sujeito em função de cujo prejuízo se calcula a indemnização, nos seguros de danos, e em função de cuja situação pessoal se afere a admissibilidade do contrato, no caso dos seguros de capitais. Por isso, importa sobremaneira ao segurador saber por conta de quem o contrato é celebrado, sendo certo que para si só releva a actuação por conta *que transparece* no contrato de seguro.

As definições da actuação por conta de outrem por referência à alienidade do resultado são insuficientes para traçar bem a fronteira entre (i) os casos em que o tomador actua por conta de um terceiro; e (ii) os casos em que o tomador actua por conta própria mas o contrato produz alguns efeitos vantajosos na esfera de terceiro. No domínio dos seguros,

esta corresponde à distinção entre a posição da generalidade dos terceiros-segurados e as dos demais terceiros beneficiários num seguro a favor de terceiro. A verificação de que nem todos os efeitos que se produzem na esfera de terceiro indiciam a alienidade do resultado conduz-nos de novo às fórmulas propostas para a aferição da titularidade da cobertura e, por conseguinte, da qualidade de segurado.

(7.2.) (7.2.1.) Defino «seguro por conta». Rejeito as definições baseadas nos conceitos de interesse e de risco. Defino o seguro por conta como aquele em que há, ou se admite que haja, pelo menos um terceiro-segurado. (7.2.2.) Dentro dos seguros por conta, distingo: (i) os seguros por conta de outrem; e (ii) os seguros «por conta de quem pertencer». Estes últimos não se caracterizam por cobrir, simultaneamente, os interesses do tomador e de terceiros, mas antes por neles se prescindir da identificação directa do(s) segurado(s), que se identifica(m) unicamente por via indirecta – *per relationem* – sendo o sentido dessa referência o da «fungibilização» dos segurados. O seguro por conta é uma figura de âmbito global, que pode contemplar a generalidade dos tipos e subtipos de contratos de seguro. (7.2.3.) A qualificação de um seguro como por conta de outrem ou de quem pertencer é também independente da modalidade de emissão da respectiva apólice, que pode ser nominativa, à ordem ou ao portador.

(7.3.) Por fim, contraponho os seguros por conta aos a favor de terceiro. (7.3.1.) Analiso os vários entendimentos doutrinários em confronto. (7.3.2.) Esclareço porque os vejo como dois universos parcialmente distintos e parcialmente sobrepostos. São diferentes os seus traços distintivos. O contrato a favor de terceiro é aquele em que as partes estipulam um efeito jurídico vantajoso de terceiro, o que significa que, para delimitarmos o seu universo, deveremos centrar-nos no plano dos sujeitos dos efeitos contratuais directos. São a favor de terceiro todos os seguros de cujos termos possa fazer-se valer um qualquer terceiro, em virtude de estipulação contratual nesse sentido. Não é este o critério relevante para a delimitação dos seguros por conta de outrem: estes são aqueles em que há, ou se admite que haja, pelo menos um terceiro-segurado ou co-segurado. Para que assim seja, não é absolutamente necessário que este seja titular de alguma pretensão. Não tem fundamento o dogma de que, num seguro por conta de outrem, se o tomador é o titular dos deveres estipulados no contrato, será necessariamente o segurado o titular dos direitos deste decorrentes. O princípio do interesse, em que se baseia esta asserção, diz

respeito ao destino da prestação – à respectiva competência de aquisição – e não à titularidade de um direito de crédito sobre a prestação, composto de faculdade de exigibilidade e de permissão específica do seu aproveitamento: pode ser-se titular de um direito de crédito a uma prestação que não irá receber-se de todo ou que irá ser recebida – e adquirida – por terceiro.

No máximo, aceitar-se-ia uma distinção entre o seguro por conta de outrem em sentido amplo, que se bastaria com o aparecimento do segurado no contrato como aquele cujo risco se encontra coberto pelo seguro, a identificar de acordo com as fórmulas propostas, e o seguro por conta de outrem em sentido estrito, que exigiria, em acréscimo, o reconhecimento de uma pretensão do segurado contra o segurador. Mas duvida-se da valia dogmática desta última categoria. Só a existência de um segurado em sentido amplo é nota necessária de um contrato de seguro. A resposta à questão de saber se há algum terceiro com pretensão fundada no contrato obtém-se nos quadros do contrato a favor de terceiro. A resposta à questão de saber se o segurado – em sentido amplo – é o tomador e/ou um terceiro deve tratar-se com independência da primeira, nos quadros do seguro por conta de outrem. Em todo o caso, impõe-se sublinhar que a eventual necessidade de semelhante distinção – entre segurado *stricto sensu* e segurado *lato sensu* – surgiria apenas em casos marginais, de reduzida importância prática. Na perspectiva do contrato, e já não dos institutos, dir-se-á que, logicamente, um contrato de seguro pode ser (i) a favor de terceiro mas não por conta de outrem; (ii) por conta de outrem mas não a favor de terceiro; (iii) nem por conta de outrem, nem a favor de terceiro; (iv) ambas as coisas, quanto a um mesmo terceiro; ou (v) ambas as coisas, mas em relação a terceiros distintos.

(7.3.3.) Em seguida, desta feita situando-me no plano da admissibilidade e não no da qualificação dos contratos, regresso ao conceito de interesse. Na encruzilhada entre o seguro a favor de terceiro e o seguro por conta de outrem, encontramos as seguintes exigências: (i) de um interesse do estipulante na promessa do promitente; (ii) de um interesse do credor na prestação; e (iii) de um interesse do segurado na cobertura. Não há sobreposições entre estas várias exigências. Pensando no caso dos seguros simultaneamente a favor de terceiro e por conta desse terceiro, temos que: (i) ao tomador, na sua qualidade de contraente, se exige que tenha um interesse na promessa do

segurador e, mais amplamente, na sua vinculação a cobrir um risco do terceiro-segurado; (ii) na sua qualidade de credor, se o for, exige-se que tenha um interesse em aproveitar a prestação; (iii) ao terceiro-segurado também se exige, enquanto credor, que tenha um interesse na prestação; e finalmente (iv) que tenha um interesse na cobertura do seguro. No nosso sistema jurídico, esta última exigência não se prende com a questão de saber quem tem legitimidade para contratar, quem tem legitimidade para proteger um dado interesse, mas antes de saber se quem se arroga a titularidade de um interesse – quem aparece no contrato como segurado – o tem realmente: exige-se que, na realidade, possa dizer-se que sobre o segurado impende o risco que o seguro se destina a cobrir. Na busca do interesse do segurado na cobertura, não deve abstrair-se da função que a prestação desempenha no contexto do seguro: a função de satisfação de uma necessidade eventual, que se afere, em abstracto, pela existência de uma relação de natureza económica entre a pessoa do segurado e o bem seguro.

(8.) Finalmente, dedico-me ao exame da posição dos terceiros participantes nos seguros colectivos e de grupo. Neste domínio, aglutinam-se comumente realidades bem distintas, que é essencial autonomizar, para não se tomar a parte pelo todo, generalizando com bases que estão longe de ser representativas do conjunto. Para o objecto do estudo, importa sobremaneira distinguir entre os verdadeiros seguros de grupo, cujos participantes se qualificam como terceiros, e o universo mais amplo dos seguros colectivos, que inclui os casos em que aqueles assumem a qualidade de parte nos respectivos contratos individuais de seguro. (8.1.) (8.1.1.) Detenho-me brevemente sobre as primeiras delimitações dos seguros colectivos e de grupo. (8.1.2.) Defino o seguro de grupo como: (i) um contrato; (ii) um contrato de seguro; (iii) cujo tomador é o subscritor; (iv) celebrado por conta dos participantes: estes são terceiros-segurados; (v) ligados ao subscritor por um vínculo distinto do de segurar; (vi) cobrindo cumulativamente (vii) riscos homogêneos de todos os terceiros-segurados; (viii) com perfeita separabilidade e (ix) sem uma correlação positiva forte entre os riscos dos terceiros-segurados. (8.1.3.) Os seguros de grupo em sentido próprio constituem o núcleo do universo mais amplo dos seguros colectivos. Estes partilham das cinco últimas características dos primeiros; não partilham das quatro primeiras. Para além dos seguros de grupo em sentido próprio, sem pretensões de exaustividade, mas abrangendo o grosso deste universo, também integrarão o universo dos seguros colectivos as seguintes uniões de contratos: (i) os seguros de

grupo em sentido impróprio; e (ii) os contratos-quadros seguidos da celebração de uma sucessão de contratos individuais de seguro. Os primeiros contemplam os casos em que o subscritor não chega a celebrar em nome próprio qualquer contrato com o segurador, limitando-se a negociar com este na qualidade de representante dos participantes. Os segundos correspondem actualmente, em termos quantitativos, à subcategoria com maior peso no conjunto dos seguros colectivos. De uma forma geral, contam-se entre os segundos os contratos que a lei designa por «seguros contributivos».

(8.2.) Analiso a formação e vicissitudes dos seguros colectivos. (8.2.1.) Dedico alguma atenção à figura da «adesão» a um seguro colectivo. Contrasto a adesão de um terceiro beneficiário aos efeitos do contrato, a adesão, pela contraparte do respectivo proponente, às cláusulas de um contrato de adesão elaboradas sem prévia negociação, e a adesão como declaração negocial mediante a qual alguém se torna parte num contrato. Explico que é com este último sentido que o termo é normalmente usado em matéria de seguros colectivos – embora, muitas vezes, sem inteira consciência desse facto. (8.2.2.) Centrando a atenção nos verdadeiros seguros de grupo, distingo as suas várias modalidades, no que respeita aos modos de intervenção do subscritor e do segurador para a activação da cobertura de cada um dos participantes. A cobertura pode ser (i) automática; ou (ii) carecer de participação. Esta última pode (a) ser obrigatória para o subscritor; ou (b) estar na sua discricionariedade. E pode ser (1) suficiente; ou (2) carecer da aceitação do segurador. Esta pode corresponder (α) a um dever do segurador; ou (β) a um seu acto discricionário. Analiso em especial a figura da participação com efeitos constitutivos enquanto acto de inclusão dos terceiros-segurados no grupo seguro, focando especialmente o seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem.

(8.2.3.) Finalmente, abordo as implicações da opção por uma ou outra das principais subcategorias de seguros colectivos na questão do poder negocial das partes na alteração e cessação dos contratos. Nesta sede, não obstante a existência de um número significativo de modalidades híbridas ou intermédias, contrasto as duas principais subcategorias de seguros colectivos: (i) aqueles em que os participantes neles ocupam a posição de tomadores-segurados; (ii) aqueles em que são terceiros-segurados. Para tal, centro-me nos dois paradigmas já caracterizados: (i) os verdadeiros seguros de grupo; e

(ii) os contratos-quadros seguidos da celebração de contratos individuais de seguro. A propósito dos primeiros, questiono o alcance da irrevogabilidade de um efeito duradouro como a cobertura, num seguro a favor de terceiro, concluindo que, à semelhança do que já decorreria do regime comum de direito civil, o que se encontra vedado às partes num seguro de grupo é a sua cessação ou alteração *retroactiva*. Desde que não se coloquem em posição de abuso de direito, podem as partes num seguro de grupo alterá-lo ou fazê-lo cessar a todo o tempo, não podendo os terceiros-segurados arrogar-se um direito à manutenção da cobertura a menos que as partes o tenham estipulado. No silêncio das partes, gozam de maior protecção os terceiros-segurados de seguros individuais identificados na apólice.

É algo distinto o regime dos contratos de seguro com acumulação de valor. Nestes assume maior importância a questão da determinação do momento a partir do qual pode dizer-se que são irrevogáveis os efeitos dos terceiros-segurados. Há que distinguir (i) os casos em que os terceiros-segurados não são titulares de quaisquer situações jurídicas, embora já gozem de um patamar mínimo de protecção, por serem segurados num seguro de grupo, (ii) dos casos em que os terceiros-segurados são titulares de um direito ao benefício, ainda que meramente condicional – o seu direito será qualificado como uma expectativa jurídica, na medida da sua condicionalidade, apenas se consolidando quando se tornar incondicional, (iii) dos casos em que os terceiros-segurados são, desde o início, titulares de um direito ao valor acumulado do seguro, ainda que não possam exigir o seu imediato pagamento, na medida em que lhes é assegurada a portabilidade do benefício. Por fim, no que respeita ao paradigma do subscritor que celebra um contrato-quadro e dos participantes tomadores dos seus próprios contratos individuais de seguro, as partes no contrato-quadro gozam de maior liberdade na configuração do conteúdo e extensão da margem de manobra dos participantes, que depende, em grande medida, do estipulado no contrato-quadro. Já a do subscritor de um contrato-quadro não se distingue, na essência, da de um subscritor de um verdadeiro seguro de grupo.

Termino com uma curtíssima conclusão (9.).

PARTE I. CONTRATO DE SEGURO

A primeira parte deste estudo trata o contrato de seguro enquanto instituto de direito privado contemporâneo. De um ponto de vista metodológico, este não é o local apropriado para a apresentação e defesa de uma teoria geral do contrato de seguro que escrutine a figura de forma sistemática e compreensiva, dando igual atenção e relevo a todos e a cada um dos seus muito variados aspectos. O propósito desta primeira parte, ainda introdutória, é bem mais modesto. Pretendo encontrar bases dogmáticas para a análise subsequente, da posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. Uma vez que o fio condutor da primeira parte, critério determinador da atenção dispensada a cada uma das questões tratadas, é o da sua relevância para o tema dos terceiros, haverá questões da teoria geral do contrato de seguro que não são consideradas, e muitas serão apenas tratadas na medida do necessário. Semelhante ordem de razões ditou a inexistência, enquanto tal, de uma secção dedicada às origens e história do contrato de seguro, sendo certo que as suas raízes serão referidas sempre que – e não serão poucas as vezes – possam ajudar a uma melhor compreensão do contrato de seguro no direito privado vigente.⁹

Esta primeira parte subdivide-se em cinco capítulos. Antes de abraçar o tema do contrato de seguro enquanto instituto, dada a primazia que assumem neste estudo as figuras dos vários sujeitos na relação de seguro, o primeiro capítulo começa com uma precisão dos termos de que irei fazer uso para designar cada um desses sujeitos. Porque só faz sentido delimitar um instituto se se compreender o alcance teórico e prático dessa delimitação, segue-se uma breve referência à análise conceptual e à análise tipológica do contrato de seguro, destinada a precisar o sentido da qualificação, ou não, e para que efeitos, de um dado negócio jurídico como um contrato de seguro. Termina com um esboço de definição de contrato de seguro.

9 Sobre a história dos seguros veja-se, por todos, DONATI, *Trattato I*, pp. 53-85. Para uma perspectiva económica: MAHR, *Einführung*, pp. 39-66. Acerca das origens dos seguros no direito romano e no direito canónico, cfr. ENDEMANN, *Wesen*, pp. 284-327 e 511-554. Sobre a história dos seguros em Portugal veja-se a *História dos Seguros* de OLIVEIRA MARQUES; e ainda EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, pp. 119-210.

No segundo e terceiro capítulos da primeira parte procuro desenvolver a minha concepção do contrato de seguro, nos seus aspectos mais relevantes para o tema deste estudo. O tema do contrato de seguro não tem merecido a atenção da grande maioria da doutrina portuguesa, mas o mesmo não pode dizer-se acerca da doutrina estrangeira. São de tal forma numerosas as propostas de definição apresentadas, ao longo dos tempos, por teóricos e práticos de seguros, juristas e não juristas, que a opção por uma cuidada análise de todas elas, ou mesmo de parte substancial de tais definições, correria o sério risco de transformar essa análise, que se pretende meramente introdutória, no único e inesgotável objecto do estudo.¹⁰ Ao invés, e embora tomando em consideração as teorias mais representativas sobre a matéria, centro a minha atenção, sucessivamente, nos conceitos de risco e de interesse. Faço-o, porque são os dois elementos¹¹ estruturantes da relação contratual de seguro, na medida em que, no contrato, possibilitam a sua delimitação dos demais tipos contratuais – que nesta sede também será tentada –, e porque serão de particular utilidade para o objectivo último do estudo, desempenhando, na segunda parte, um papel primordial na distinção entre as várias posições ocupadas pelos vários sujeitos numa relação de seguro.

O quarto e quinto capítulos desta primeira parte versam sobre o enquadramento do contrato de seguro na teoria geral do direito dos contratos.¹² Mais uma vez, tratarei dos aspectos que serão úteis nas partes subsequentes deste estudo. O quarto capítulo respeita

10 Embora com uma sistematização distinta dos elementos constitutivos do contrato de seguro, e com resultados diferentes daqueles a que chego, sigo neste ponto, ao iniciar a minha análise pelos elementos em vez de me debruçar desde logo sobre o conjunto, a metodologia traçada por DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 33-34. Para uma panorâmica das principais definições doutrinárias e legais de contrato seguro, no mundo ocidental, até meados do séc. XX, cfr. BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado I*, pp. 5-15. Cfr. *infra* as nn. 89-91.

11 Fujo ao conceito de elementos essenciais do negócio jurídico e à discussão doutrinária subjacente, preferindo falar, neste momento, simplesmente em elementos, no sentido de elementos constitutivos, sem outros qualificativos, do contrato de seguro – de elementos do respectivo texto contratual. Sobre o conceito de elementos essenciais do negócio jurídico, por contraposição aos elementos naturais e acidentais, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 483-488. Veja-se ainda o exame crítico da doutrina dos *essentialia*, por PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 79-107. Sobre os elementos do texto contratual, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 372. O autor sublinha que os «elementos que descrevem o negócio jurídico, integrando o respectivo texto e contribuindo assim para a determinação do seu significado, são *referências* às realidades (...) e *não essas mesmas realidades*». Quanto à querela doutrinária relativa à posição ocupada por cada um destes elementos – risco e interesse – no contrato de seguro, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1000.

12 Não pretendo, com esta restrição, defender a tese de que só por contrato pode criar-se uma relação de seguro. Trata-se, simplesmente, de delimitar o objecto do estudo. Como disse acima, o estudo versa sobre o direito dos contratos, e não das obrigações porque (i) não examinarei quaisquer relações de seguro que não tenham origem num contrato; e porque (ii) não examinarei o contrato unicamente na sua vertente de fonte de obrigações.

à análise do conteúdo de cada uma das prestações ou, mais genérica e rigorosamente, das atribuições patrimoniais de cada uma das partes. Segue-se, no quinto e último capítulo, o exame da relação contratualmente estabelecida entre os contributos de ambas as partes para o contrato, que justifica – defendê-lo-ei – a sua classificação como contrato sinalagmático aleatório e de execução continuada.

1. Aspectos introdutórios

1.1. Conceito e tipo

É usual dizer-se – com propriedade – que o seguro é um contrato social e legalmente típico. Socialmente típico, na medida em que, entre nós, a realidade sócio-económica do seguro precedeu largamente o seguro enquanto figura jurídica legalmente reconhecida e regulada.¹³ Legalmente típico, porque o seu regime se encontra autonomizado na lei.¹⁴

Em direito dos contratos, a análise tipológica há muito assentou arraiais, em detrimento de uma análise conceptual, cuja excessiva rigidez é em muitas circunstâncias amplamente demonstrada pela constatação de que o princípio da liberdade contratual dá vida a uma multiplicidade de situações, de muito variada coloração, insusceptíveis de reprodução fiel com os pincéis a preto e branco dos conceitos.¹⁵ Daí não pode, todavia, concluir-se que, em direito dos contratos, a análise conceptual tenha sido substituída em toda a linha pela análise tipológica. O estudo doutrinário do contrato de seguro configura um bom

13 Já em 1552, PEDRO DE SANTARÉM defendia a licitude do contrato de seguro, cuja celebração era à época prática corrente entre os mercadores que então sulcavam os mares, não obstante a inexistência de disposições legais sobre a matéria. A monografia do jurista português marca o início do que pode chamar-se a teoria dos seguros. Afirma-o, entre outros, PETER KOCH, *Theorie der Versicherung*, p. 861. Nota: supõe-se que o jurista português terá começado a escrever esta obra em 1488. A sua primeira edição data, no entanto, de 1552.

14 Actualmente, a LCS. Cfr. *supra* o texto junto à n. 7.

15 LARENZ, *Metodologia*, pp. 424-429. No que respeita à contraposição entre o conceito e o tipo foram entre nós particularmente influentes as obras de LARENZ, *Metodologia*, pp. 300-312, 424-429, 655-673; ENGISCH, *Konkretisierung*, pp. 237-294; e LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pp. 25-79. ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 237, observava que a tendência para o concreto verificada ao longo do séc. XX encontrou eco numa certa predilecção pelo tipo em detrimento do conceito, em todos os domínios científicos, e não somente ou sequer especialmente em direito, tornando-se o tipo, por assim dizer, o conceito da moda. Entre nós, cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 21-52; PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 98-107; e ainda CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto*, pp. 662-665; ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério*, pp. 834-846 e 871-873; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade*, pp. 19-65. Sobre a possibilidade de celebração de contratos atípicos como decorrência do princípio da liberdade contratual, veja-se, para o direito português, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 1-5; e PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 17-20.

exemplo da possibilidade de coexistência, mais ou menos pacífica, entre ambas as espécies de análise.

De resto, o conceito e o tipo não estão em rígida contraposição, admitindo antes pontos de comunicação.¹⁶ Muito sumariamente, o primeiro define-se, o segundo descreve-se, o primeiro é uma noção sobre si mesma fechada, que se opõe à abertura do segundo. Não se ignora a polissemia que caracteriza as palavras «tipicidade» e «tipo» na língua portuguesa.¹⁷ O problema não é um exclusivo do português.¹⁸ Também não é unívoco, na nossa como nas demais línguas, o sentido do termo «conceito». Num sentido mais amplo, pode dizer-se dos tipos que são conceitos. Uso ambos os termos nesta secção – mas não necessariamente nas demais – para contrapor as duas espécies de análise que em seguida se explicitam. Em síntese, trata-se da contraposição entre o que já se chamou o conceito-tipo e o conceito classificatório.¹⁹

Podemos diferenciar as notas distintivas de ocorrência necessária das notas distintivas de ocorrência eventual.²⁰ As primeiras são as notas distintivas de um conceito. Das duas, uma: ou existem, ou não existem, não há meio termo. A definição de um conceito é a indicação exaustiva de todas as suas notas distintivas. Só se – mas sempre que – todas as notas distintivas do conceito estiverem presentes num dado objecto se subsumirá este ao

16 LARENZ, *Metodologia*, p. 310, afirmava que a situação da ciência juscivilística alemã se caracteriza por «uma mescla peculiar de conceitos abstractos e de tipos» (p. 672). PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 5, afirma que o processo tipológico «não substitui o processo subsuntivo, mas complementa-o, coadjuva-o e afina-o». OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade*, p. 39, entende não dever acentuar-se a oposição entre tipo e conceito. «Quando falamos de tipo e de conceito o ponto de vista é diverso, mas em última análise a essência de cada tipo é a de um conceito de espécie.» Na esteira de BRECHER, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério*, p. 873, sustenta que não é necessário eliminar por completo os conceitos gerais-abstractos, bastando um repensar dos conceitos, dotando-os de uma dinâmica funcional que neles inclua um número suficiente de variáveis para que todas as hipóteses se desenvolvam a partir deles. ULMER, *Vertragshändler*, pp. 185-205, recorreu a ambas as espécies de notas distintivas nas distinções que foi traçando entre o «distribuidor autorizado» (*Vertragshändler*) e a suas figuras afins. O autor apercebeu-se de que, recorrendo apenas às notas necessárias, e por conseguinte apenas a uma análise conceptual, não conseguia delimitar satisfatoriamente o instituto que estudava de todas as figuras próximas, sobretudo tendo em atenção a existência de tipos intermédios, tendo por isso de recorrer, como complemento das primeiras, às notas eventuais, e procedendo nesse sentido a uma análise conceptual-tipológica da figura do distribuidor autorizado. Sigo o método de análise proposto pelo autor.

17 Veja-se, sobre as suas diversas acepções, PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 30-34.

18 Cfr. ENGISCH, *Konkretisierung*, pp. 237-294. O autor analisou as diversas concepções modernas do tipo, concluindo que a todas elas subjaz a ideia de que o tipo é mais concreto do que o conceito (*maxime* p. 262).

19 Cfr. PINTO DUARTE, *Tipicidade*, p. 97.

20 Cfr. ULMER, *Vertragshändler*, pp. 187-188. De ora em diante, referir-me-ei por vezes, com este sentido, simplesmente às «notas necessárias» e às «notas eventuais».

conceito. Poderá então dizer-se que o objecto pertence à classe designada pelo conceito.²¹ Já as segundas funcionam como notas distintivas do tipo, pelo que, para além de uma possível ausência, a sua presença poderá assumir distintos graus de intensidade. O tipo, embora funcionando de igual modo por via da identificação de notas distintivas, admite a sua gradação, e mesmo a ausência de umas, se compensada pela forte presença de outras, dado que cada uma delas, isoladamente, funciona apenas como indício – o tipo é aberto.²² A elasticidade do tipo permite a coexistência de várias combinações de notas distintivas. Para cada situação de facto, será necessário averiguar se as notas distintivas de um dado tipo que nela estão presentes justificam, no seu todo, um juízo de correspondência com o tipo, tendo em conta a sua quantidade e intensidade, bem como a sua articulação, juízo esse que, em direito, tem natureza valorativa.²³ No seu todo, porque o que conta, mais do que cada um dos indícios isoladamente considerados, é a «imagem fenoménica global» com que se fica, neste caso, do modelo de contrato que corresponde ao tipo.²⁴

Uma rigorosa consciência desta distinção, de que normalmente não se fala nas discussões doutrinárias relativas ao contrato de seguro, contribuiria certamente para uma maior adequação no tratamento das questões que se prendem com a sua delimitação. Nos sistemas jurídicos anglo-americanos nota-se, de uma forma geral, uma maior tendência para a análise tipológica, embora sem uma referência ao conceito de tipo propriamente dito, cuja teorização é marcadamente germânica.²⁵ No que respeita ao seguro, são frequentes na jurisprudência, mas também se encontram na doutrina, declarações no sentido de uma clara preferência pela sua descrição, em detrimento da sua definição.²⁶

21 Cfr. LARENZ, *Metodologia*, p. 300.

22 Cfr. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pp. 34-49. Para o autor, em sentido lógico, a abertura do tipo não deve contrapor-se à clareza do conceito mas antes ao fenómeno do núcleo e da periferia do conceito. O autor recorre à terminologia de HECK, ao distinguir entre o núcleo e a periferia do conceito (*Begriffskern und -hof*).

23 Cfr. LARENZ, *Metodologia*, pp. 307-309.

24 A expressão é de LARENZ, *Metodologia*, p. 662.

25 PINTO DUARTE, *Tipicidade*, p. 26, conclui igualmente que nos sistemas jurídicos anglo-americanos não existe nada de equivalente à problemática da atipicidade dos contratos. Não obstante, no campo da filosofia, podemos identificar uma contraposição equivalente à que opõe o conceito ao tipo, na distinção entre as teorias clássica ou definitiva e prototípica dos conceitos. Sobre estas teorias veja-se MARGOLIS/LAURENCE, *Concepts*, s. 2.

26 Cfr. a afirmação de Megarry V-C em *Medical Defence Union Ltd v Department of Trade and Industry* (1980), p. 95. Vejam-se ainda os vários exemplos referidos em CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 1-14; e CLARKE, *Meaning*, pp. 3-15. Segundo o autor, assim como reconhecem um elefante quando o vêem, os tribunais ingleses conseguem identificar um contrato de seguro, sempre que um se lhes apresenta (p. 1-1). Sobre a questão da preferência dos tribunais anglo-americanos pelas descrições, em detrimento das definições, cfr. ainda CLARKE, *Policies*, pp. 347-348; e

Nos sistemas jurídicos romano-germânicos, como seria de esperar, é maior a tendência para as definições puramente conceptuais do contrato de seguro.²⁷⁻²⁸

A análise tipológica tem desempenhado um papel de algum relevo, designadamente, na identificação de elementos próprios do seguro em contratos que não são (exclusivamente) de seguro. Essa identificação corresponde a um primeiro passo no sentido da aplicação a tais contratos – contratos mistos – de uma parte do regime do contrato de seguro. Haverá ocasião de verificar, de passagem, que, embora essa prática não tenha ainda vingado na jurisprudência portuguesa, porventura em face da parcelaridade e desorganização que caracterizavam, até há bem pouco tempo, o regime legal do contrato de seguro, não são poucas as ocasiões em que se justificaria a exploração desse recurso.

No entanto, o mais das vezes, não é essa a questão que se coloca ante o juiz ou, em geral, o intérprete-aplicador do direito. Muitas vezes, quer-se mesmo saber se um dado contrato «é» um seguro, ou se configura algo de diverso, ainda que com elementos próprios do contrato de seguro. Procura traçar-se a fronteira entre o domínio do seguro e o domínio

LOWRY/RAWLINGS, *Doctrines & Principles*, pp. 2-8. HODGIN, *Problems*, pp. 14-20, discute as várias posições jurisprudenciais sobre o contrato de seguro, concluindo que os tribunais nunca se propuseram chegar a uma definição geral e compreensiva de contrato de seguro. O Juiz Templeman afirmou, sintomaticamente, em *Department of Trade and Industry v. St. Christopher Motorists' Association Ltd.* (1974), p. 101, que «nunca houve, até à data, qualquer definição omnicompreensiva, e provavelmente não seria desejável que passasse a havê-la, porque as definições tendem por vezes a obscurecer e ocasionalmente a excluir o que deveria ser incluído». Note-se, todavia, que a fronteira entre o que seja uma descrição e uma definição nem sempre é clara, encontrando-se com facilidade algumas «descrições», em textos anglo-americanos, muito semelhantes a algumas «definições» presentes em escritos continentais europeus relativos ao contrato de seguro. Neste sentido, cfr. CLARKE, *Meaning*, p. 4. DENENBERG, *Legal Definition*, p. 326, discorda da conclusão de que haveria uma certa relutância dos tribunais americanos em avançar com uma definição de seguro, entendendo que estes têm avançado com «uma corrente imensa de definições». O autor analisa uma série de definições judiciais e legais nas páginas que se seguem a esta afirmação (pp. 326-332).

27 DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 33-34, comenta a multiplicidade das propostas de definição apresentadas ao longo dos tempos por teóricos e práticos de seguros, nos domínios, quer do direito, quer das restantes áreas dedicadas ao estudo dos seguros.

28 Curiosamente, a lei alemã define os deveres típicos das partes, em detrimento de uma definição mais rígida do contrato de seguro (cfr. o § 1 VVG 2008: *infra* n. 562). Esta estratégia, no entender da doutrina, confere à lei um maior grau de elasticidade e de adaptabilidade a novos produtos de seguro hoje ainda não existentes. Cfr. neste sentido BASEDOW, *VVG 2006*, p. 47. O autor nota que a estratégia não é nova, dando o exemplo do § 433 BGB (contrato de compra e venda). Entre nós, veja-se, em sentido muito semelhante, o art. 1.º LCS. Este define, não os deveres típicos mas, mais amplamente, o conteúdo típico, como é próprio de um ordenamento jurídico que não reduz o contrato ao seu conteúdo obrigacional. No que ao contrato de seguro diz respeito, esta opção legal é importante, como adiante melhor se verá. Sobre esta matéria, cfr. *infra* o texto a partir da n. 782. Outro caminho se seguiu, com resultados muito pouco satisfatórios, no art. 1:201 (1) PEICL (cfr. *infra* n. 834).

do não-seguro.²⁹ Sempre que assim é, tenta-se usualmente identificar as notas necessárias num contrato seguro, na expectativa de que, para além de necessária, a sua ocorrência seja ainda suficiente para a qualificação. Tais análises assumem então uma natureza marcadamente conceptual. Resta averiguar se, no caso do contrato de seguro, não precisaremos de recorrer também às notas eventuais, em acréscimo às necessárias, para o distinguir cabalmente de algumas das respectivas figuras afins, ou seja, se o seguro, tal como regulado, pode ser tratado como um conceito ou se não devemos tratá-lo como um tipo. Será esta a conclusão a que chego mais à frente.³⁰

Talvez a natureza conceptual das análises que encontramos na doutrina seja mais vincada no caso de contratos, como o de seguro, a cuja celebração massificada corresponde o exercício de uma actividade económica reservada, a que apenas pode aceder-se mediante autorização administrativa e que apenas pode exercer-se dentro dos parâmetros fixados por uma entidade reguladora. Há porventura nestes contextos uma maior tendência para o preto e branco dos conceitos fechados. É certo que se trata aqui, primordialmente, de direito institucional dos seguros, e não de direito contratual dos seguros.³¹ Mas a este último não pode ser alheio – e na verdade não é – o contexto institucional em que se insere. Porque é, em grande medida, tendo esse contexto por referência que surge o regime contratual dos seguros.³²

29 A operação dos conceitos (classificatórios) é feita em termos binários: de sim ou não. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 27. Isto não significa que a análise tipológica afaste por completo o sim e o não. Simplesmente, introduz entre ambos toda uma série de possibilidades intermédias.

30 A conclusão semelhante chegou, por exemplo, ULMER, *Vertragshändler*, pp. 185-205, ao tentar delimitar a figura do «distribuidor autorizado» (*Vertragshändler*). Cfr. *supra* n. 16. Posso dizer, a propósito do contrato de seguro, quase o mesmo que LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, p. 149, quando afirmou que com os tipos não podia seguir-se um caminho único, como se de conceitos se tratasse, pelo que todas as tentativas de encontrar aquelas duas ou três notas mais apropriadas à demarcação do tipo em todas as situações estariam antecipadamente votadas ao fracasso. Na identificação de um contrato de seguro, podemos seguir até certo ponto o caminho único, tendo no entanto de abrir o olhar à diversidade na última etapa do percurso. Nesse sentido, sobre o contrato de seguro, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 76 m. 16.

31 MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 733-734, distingue o «direito institucional dos seguros» e o «direito material dos seguros». A este último também chama «direito do contrato de seguro». Prefiro esta última designação, na versão «direito contratual dos seguros», na medida em que a qualificação deste último como material corre o risco de levar a crer que o primeiro seria de natureza processual.

32 Assim, por exemplo, uma grande parte das exigências legais aplicáveis à actuação do segurador na fase anterior ao contrato, no momento da celebração e durante a vigência do contrato, tem unicamente em vista a figura da empresa de seguros, não se justificando a sua aplicação a contratos que, embora possivelmente qualificáveis como de seguro, ou pelo menos como contratos mistos com alguns elementos de seguro, não tenham sido celebrados por uma empresa de seguros. Esta possibilidade teve no nosso país, em tempos, um reconhecimento hoje praticamente esquecido nos poucos escritos existentes sobre a matéria. Cfr. GOMES DA SILVA, *Conceito*, p. 77, fazia o paralelo com as «profundíssimas diferenças que separam as operações de crédito feitas por estabelecimentos

Na segunda parte deste escrito não me ocuparei das situações de facto em que ocorrem desvios ao tipo contratual do seguro. Os casos paradigmáticos então examinados não correspondem a contratos mistos e tão-pouco configuram situações de charneira. Todos eles se situam no cerne do que é um contrato de seguro. Se analiso, numa fase introdutória, os principais elementos do contrato de seguro, suas notas distintivas de ocorrência necessária, faço-o, não por necessidade de justificar o seu tratamento enquanto contratos de seguro, mas antes de mais por uma questão de rigor – porque considero importante, na perspectiva analítica em que me coloco, a compreensão do núcleo irreduzível de um contrato de seguro – ao que acresce, como atrás referi, a particular utilidade de tais elementos para o objectivo último deste estudo, ao desempenharem, na segunda parte, um papel primordial na distinção entre as várias posições ocupadas pelos vários sujeitos nas relações de seguro. Nesse sentido, pode de certo modo dizer-se que o estudo a desenvolver nas páginas seguintes será de pendor mais conceptual do que tipológico.³³ Tentarei contrabalançar essa tendência ao delimitar, na fase ainda introdutória, o contrato de seguro de algumas das suas figuras afins, examinando, ainda que de passagem, algumas notas eventuais, sem as quais entendo que a delimitação pecará por incompleta, sendo insuficiente para situar os casos de charneira sobre os quais, todavia, não incidirá o principal foco da minha atenção.

Não me alongarei mais nesta temática. Contudo, julgo importante salientar que qualquer destas espécies de análise – conceptual e tipológica – se distingue radicalmente da perspectiva em que nos colocamos quando apontamos os requisitos que deverão encontrar-se reunidos para que um dado acto possa obter a chancela da conformidade à lei. Se podemos dizer de um contrato, ou de qualquer outro acto, que é conforme ou desconforme à lei, em nenhum caso a sua conformidade à lei – a sua admissibilidade – será nota distintiva do respectivo conceito – ou tipo. Por outras palavras, sendo certo que

bancários e as que podem efectuar-se entre simples particulares», para sublinhar a «grande diversidade de regime» entre os contratos de seguro celebrados por empresas de seguros e os celebrados entre particulares, estes últimos regulados nos arts. 1538.º e 1540.º CS. Não há uma relação de implicação necessária entre a qualificação de um dado contrato como típico e a aplicação, a esse contrato, de todas as regras que compõem o regime legal desse tipo contratual. Neste sentido, PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 121 e 197.

33 Este reconhecimento não implica uma adesão ao esquema subsuntivo na «aplicação das normas aos factos». Sobre a distinção entre a análise do enunciado da norma e o «processo de aplicação da norma», e a clarificação de que se confina a este último domínio a sua rejeição do esquema subsuntivo, devendo a opção entre o conceito e o tipo tomar-se norma a norma, em consequência dos dados legais, veja-se PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 103-104 e 108.

a tipicidade legal de uma dada figura contratual decorre da determinação total ou parcial do regime a que a mesma está sujeita, isto não significa, naturalmente, que só corresponda a um dado tipo aquele contrato que respeite integralmente o regime injuntivamente prescrito para esse tipo – e outro tanto se diga acerca da sua inclusão num conceito.³⁴

Em suma, é fundamental nunca perder de vista a ideia de que o universo dos contratos de seguro é mais amplo do que o universo, nele contido, dos contratos de seguro admissíveis no nosso ordenamento jurídico. E que, por sua vez, o universo paralelo dos contratos de seguro de algum modo «inadmissíveis» no nosso ordenamento jurídico é mais amplo do que o universo dos contratos de seguro inválidos e dos contratos de seguro ineficazes nesse mesmo ordenamento jurídico. A invalidade e a ineficácia são apenas algumas das mais importantes consequências, para um contrato, da sua desconformidade à lei, e podem surgir sem essa desconformidade.³⁵ Veremos que a falta de consciência da separação analítica entre os planos da qualificação e da admissibilidade, e mais concretamente da validade e eficácia de um contrato de seguro, está na origem de toda uma série de confusões, que a seu tempo serão expostas. Esta separação, que me pareceria suficientemente clara para não merecer outras explicações, é todavia esquecida, por exemplo, nas inúmeras referências ao contrato de seguro como o contrato celebrado por uma empresa de seguros devidamente autorizada para o exercício da actividade seguradora pela autoridade reguladora competente, *i.e.*, no nosso caso, o Instituto de

34 Deitando uma espreitadela ao tema do risco de seguro, a tratar um pouco mais à frente, vemos que ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 58; e *Relatório*, p. 96, aponta a licitude como característica essencial do risco. Não é claro o sentido em que o afirma. Numa perspectiva normativa, poderia eventualmente dizer-se que o risco de seguro deve ser lícito, no sentido de que a celebração de um contrato de seguro que cubra as consequências negativas de um acto ilícito é, ela própria, um acto ilícito, por violação do dever, que impenderia sobre todos nós, de não nos segurarmos contra um risco ilícito. O mesmo resulta do disposto no art. 280.º CC. Não parece ser esta, contudo, a perspectiva de ROMANO MARTINEZ. O autor, analisando o risco como objecto do contrato de seguro, sustenta que são suas características essenciais (i) a aleatoriedade; (ii) a licitude; (iii) a fortuitude. Ora, não parece haver aqui uma suficiente distinção entre as perspectivas da qualificação e da admissibilidade de um contrato, pois que o incumprimento de um dever que tem por efeito a ilicitude do acto de contratar um seguro em nada interfere com a sua qualificação como seguro, enquanto a não verificação, num dado caso concreto, de uma nota distintiva do conceito de risco terá por consequência a sua não qualificação como risco, e a consequente não qualificação do contrato como de seguro. Reservo para o momento oportuno o comentário à afirmação da aleatoriedade e da fortuitude como características essenciais do risco.

35 Pense-se no regime do erro (arts. 251.º e 252.º CC).

Seguros de Portugal.³⁶ Os contratos de seguro celebrados por entidades não autorizadas, ainda que nulos, são contratos de seguro, e não «pretensos contratos de seguro».³⁷

1.2. Os sujeitos da relação de seguro

A fluidez e insuficiência dos termos utilizados no domínio dos seguros dão azo a frequentes confusões. O problema é geral e não um exclusivo dos falantes de língua portuguesa. Por este motivo, julgo essencial fixar o significado dos termos que utilizo por forma a que estes (i) tenham sempre o mesmo significado, salvo quando especificamente

36 Encontramos no DL n.º 289/2001, de 13 de Novembro, o Estatuto do ISP. A necessidade de autorização para o exercício da actividade seguradora encontra-se estabelecida nos arts. 7.º RGES e 16.º/1 LCS. Outros requisitos de admissibilidade do contrato que não influem no respectivo conceito ou tipo são, designadamente, os do art. 125.º RGES (classificação dos riscos cobertos num ramo que não o apropriado); e dos arts. 600.º CCom e 14.º/1 LCS (cobertura de riscos legalmente inseguráveis). São também aplicáveis ao contrato de seguro regras gerais de direito do negócio jurídico como as dos arts. 280.º e 281.º CC.

37 Preâmbulo da LCS (V). Para outro exemplo da ausência de separação entre os planos da qualificação e da admissibilidade do contrato, desta feita na doutrina, veja-se SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 78. O autor afirma que um dos traços distintivos do contrato de seguro em face dos demais é o de o sujeito prestador da garantia ser uma entidade autorizada a exercer a actividade seguradora. Contra este género de afirmações se manifestaram autores como FONTAINE, *Autres Opérateurs*, pp. 461-463; ou JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 76 m. 15. Os autores sublinham que as questões da existência ou inexistência de autorização, e da aplicabilidade ou inaplicabilidade ao segurador do dever de a obter, não devem ser tidas em conta na aferição da aplicabilidade ou inaplicabilidade a um dado contrato, por si celebrado, do direito contratual dos seguros. AZEVEDO, *Seguro*, c. 1676, separara claramente os planos contratual e institucional do direito dos seguros, ao afirmar que o contrato de seguro podia ser celebrado entre quaisquer pessoas, acrescentando que «a indústria de seguros, revelada através da sua celebração habitual e sistemática como actividade organizada, só pode ser exercida por sociedades devidamente autorizadas que revistam a forma de sociedades anónimas ou mútuas de seguros». Veja-se a infeliz definição legal de «empresa de seguros ou seguradora» que constava do art. 1.º/a) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Tratando-se este de um diploma relativo ao direito contratual dos seguros, e não de um diploma relativo ao direito institucional dos seguros, mal se compreendia a definição desta parte contratual por referência à autorização para o exercício da actividade seguradora. Certamente não pretenderia com isto estabelecer-se que os contratos celebrados por entidades não autorizadas, mas aos quais se aplicasse a lei portuguesa em matéria contratual, estariam fora do âmbito de aplicação do nosso direito contratual dos seguros. Do mesmo vício não padece a nova regulação: cfr. o art. 16.º/2 LCS. Este preceito comina com a nulidade os contratos celebrados sem a devida autorização, compreendendo-se, no entanto, que um contrato de seguro nulo é, ainda assim, um contrato de seguro. Aliás, fora do direito dos contratos, os arts. 202.º e 214.º/a) RGES determinam que a prática de actos ou de operações de seguros sem que para tal exista a necessária autorização é, para o segurador, simultaneamente um crime, punível com pena de prisão, e uma contra-ordenação muito grave, punível com uma coima. Todavia, como se retira da própria letra dos preceitos, os actos e operações não deixam por isso de ser qualificados como sendo de seguros. Não sendo esse o propósito daquela definição, não se percebia o seu alcance, teórico ou prático. Note-se que esta não é hipótese meramente académica, ou de reduzida aplicação prática, não só devido à amplitude dos critérios de aplicação da lei contratual portuguesa que constam, designadamente, dos arts. 8.º/2 e 10.º LCS, mas sobretudo dado o extraordinário alcance dos critérios de aplicação do direito institucional dos seguros português resultantes da interligação do disposto nos arts. 1.º e 2.º/1/h) e i) RGES. Sobre os chamados seguros clandestinos, cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 163-178. Para a análise das teses defensoras da empresarialidade ou profissionalidade do segurador como elemento constitutivo do contrato de seguro, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 716. Quanto aos efeitos da falta de autorização, em sentido distinto do adoptado na nossa

indicado; e em particular (ii) sejam suficientemente rigorosos e diversificados para autonomizar as diferentes qualidades em que um sujeito pode relacionar-se com um contrato de seguro.³⁸ A seguinte identificação e nomeação dos vários sujeitos resulta, em parte, de opções terminológicas e, noutra parte, de uma intenção de rigor conceptual na exposição que se segue.

Na terminologia adoptada, às duas partes necessariamente presentes no contrato de seguro – poderá haver outras – chamo o «segurador» e o «tomador do seguro».³⁹ Estas figuras são de designação relativamente pacífica em língua portuguesa.⁴⁰ As diferenças são mínimas e sem consequências teóricas ou práticas: encontramos actualmente referências, por um lado, a «tomador do seguro» e a «tomador de seguro», por outro lado, a «segurador» ou «seguradora» e a «empresa de seguros». Julgo mais correcta a expressão «tomador do seguro», visto que se trata da função do sujeito num específico contrato de seguro e não de uma qualificação que lhe seja genericamente atribuída. Opto pelo termo «segurador» para indicar que me refiro àquela parte que, num contrato de seguro, toma o

lei, veja-se o disposto no recentemente alterado art. 36/1 VVGch, de acordo com o qual os contratos de seguro mantidos por seguradores a quem é retirada a autorização para o exercício da actividade seguradora são válidos e eficazes, sendo apenas conferido ao tomador o direito de os resolver. Sobre este preceito, cfr. ECKERT/KUHN, *Schm. VVG*, p. 16. No mesmo sentido, para o direito italiano, cfr. SCALFI, *Corrispettività*, p. 121; e, mais recentemente, BIANCHI PITTER em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 1883 p. 1882 (precisando que, nesse caso, a resolução opera *ex nunc*).

38 Utilizo o termo «sujeito» num sentido amplo e não no sentido mais restrito usado, designadamente, por FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 520. O autor contrapõe os sujeitos e os beneficiários de um contrato, correspondendo os primeiros aos «contraentes que suportam efeitos desfavoráveis por adquirirem uma situação jurídica passiva ou perderem uma situação jurídica activa» e os segundos aos «contraentes que suportam efeitos favoráveis por adquirirem uma situação jurídica activa ou ficarem libertos de uma situação jurídica passiva». Recorro à palavra «sujeito» como sinónimo de pessoa.

39 DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 129, definem o contraente como a pessoa que celebra o contrato, quer actue em nome próprio, quer em nome de outrem. Englobam, portanto, neste conceito de contraente, a figura do representante, parte em sentido formal mas não em sentido substancial – o que não acontecia em DONATI, *Trattato II*, pp. 61-62. E por outro lado retiram do conceito a figura do representado, parte em sentido substancial mas não em sentido formal. Não vejo vantagem na adopção deste conceito de contraente.

40 Não obstante de aceitação indisputada, é de generalização muito recente, na língua portuguesa, a expressão «tomador do seguro». VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 102; e ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 53, afirmam que a expressão é de introdução recente na nossa terminologia jurídica, mas julgo mais rigoroso afirmar que é recente a generalização do termo, mas não a sua introdução, que apenas é recente na legislação e não na doutrina: cfr. PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, pp. 6 e 39. O CCom (de 1888) utilizava o termo «segurado», alternadamente, e aparentemente sem grande critério, com os sentidos (i) de tomador do seguro e (ii) o sentido (por mim adiante definido) de segurado. Cfr., *v.g.*, os arts. 429.º («factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro») e 430.º («o segurado pode ressegurar por outrem o prémio do seguro») CCom. A expressão «tomador do seguro» é de origem germânica (*Versicherungsnehmer*). Veja-se, por exemplo, EHRENBURG, *VR I*, p. 182.

lugar de segurador, seja ela quem for, e não apenas às entidades que como tal se intitulem ou que se encontrem devidamente autorizadas para o exercício da actividade seguradora em Portugal.

A divergência terminológica é mais profunda quanto aos demais sujeitos relacionados com um contrato de seguro: os terceiros. Note-se que este termo comporta vários sentidos, mesmo que nos limitemos a observar o uso que dele é feito em direito.⁴¹ Julgo, todavia, poder concluir pela existência de um sentido dominante do termo no campo, mais restrito, do direito dos contratos.⁴² Neste campo, serão «terceiros» todas as «não-partes». É uma divisão que se pretende (i) relativa; (ii) negativa; e (iii) dicotómica ou omnicompreensiva. Relativa, porque «não pode dizer-se que alguém é, simplesmente, terceiro».⁴³ Em direito dos contratos, apenas se é terceiro em face de um dado contrato.⁴⁴ Negativa, porque os terceiros se definem por aquilo que não são: partes.⁴⁵ Dicotómica ou omnicompreensiva, porque, opondo-se uma definição negativa – de não-parte – à correspondente definição positiva – de parte – todos nós caímos numa das duas categorias. Em face de um dado contrato, ou somos parte, ou somos terceiro.

«[T]odos os que não são partes são terceiros e vice-versa, não se definindo uns senão por oposição aos outros.»⁴⁶

A aparente simplicidade da afirmação esconde certas divergências no seio da doutrina, visto que, contrariamente ao que pareceria decorrer desta frase, pelo menos um dos dois

41 Sobre a polissemia do termo veja-se ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão*, pp. 227-236.

42 A que se opõe, para dar apenas um exemplo, o sentido distinto que alguma doutrina atribui ao termo «terceiros» no contexto do direito registal. Cfr. o art. 5.º/4 CRPred. Veja-se FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade*, p. 262; e, mais recentemente, TEIXEIRA DE SOUSA, *Conceito*, pp. 29-46. Cfr. ainda, sobre a noção de terceiros no direito administrativo ALEXANDRA LEITÃO, *Terceiros*, pp. 25-132.

43 ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão*, p. 228. Para além de relativo, o conceito é ainda «circunstancial, porque se define em relação a alguém ou a algo num determinado momento». SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, p. 447.

44 O que não significa que o termo não possa dar azo a alguma confusão, nas situações de facto em que coexistem vários contratos. Um bom exemplo é o do uso da palavra «terceiro» no contexto de uma cessão de créditos, que, consoante se tome por referência o contrato de cessão de créditos ou o contrato em que se fundam os créditos cedidos, e quanto a este último, consoante se analise a situação no momento anterior ou posterior à cessão. O exemplo é retirado de ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão*, p. 227 n. 596. Note-se ainda que, sobretudo em direito alemão, se usa por vezes o termo como referindo-se a todas as não-partes numa dada relação obrigacional (e não num contrato). Cfr. GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 460.

45 Cfr. GHÉSTIN, *Distinction*, p. 522. Em Portugal, vejam-se, por exemplo, entre as obras recentes, SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, p. 448; ou GRAVATO MORAIS, *União de Contratos*, p. 404.

46 GHÉSTIN, *Distinction*, p. 517.

termos da dicotomia deverá ser definido pela positiva, para que a distinção tenha algum sentido.⁴⁷ Uma vez que defino pela negativa a qualidade de terceiro resta-me definir pela positiva a qualidade de parte:⁴⁸

«Partes, no contrato, são os contratantes, aqueles que contrataram – emitiram as respectivas declarações negociais –, por si mesmos ou através de representante, voluntário ou legal» e que, «no momento considerado, continuem a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, vieram a adquirir ou a ocupar a posição dos contratantes originários ou de quem, entretanto, haja passado a ocupar a posição destes.»⁴⁹

47 GHÉSTIN, *Distinction*, pp. 517-523; e *Introduction*, pp. 18-39, propusera uma definição de parte que compreenderia todos aqueles que, originária ou supervenientemente, se encontrem ligados, em virtude do seu consentimento, pelos efeitos obrigatórios do contrato. Esta definição inclui as chamadas partes contratantes e ainda o que chama as partes ligadas, onde entram, entre outros, os beneficiários de um contrato a favor de terceiro que a ele tenham aderido, e simultaneamente exclui, entre outros, os cessionários que o sejam por efeito da lei e não de uma expressão da sua vontade. Cfr. a crítica de AUBERT, *Distinction*, pp. 263-278; e os desenvolvimentos de GUELFUCCI-THIBIÈRE, *Élargissement*, pp. 275-285, *maxime* pp. 284-285. GHÉSTIN, *Nouvelles*, pp. 786-800, *maxime* p. 787, tomando em consideração as críticas que lhe foram apontadas, reformula a sua definição de parte, dela retirando quem, não tendo celebrado o contrato nem tendo vindo a suceder na posição de um dos originários contraentes, por transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, ainda assim se encontra em posição de se prevalecer de uma obrigação contratual: precisamente os terceiros beneficiários (pp. 797-798). Cfr. ainda GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 729-764. WINTGEN, *Opposabilité*, p. 58, por sua vez, distingue duas categorias de partes: (i) as que celebraram pessoalmente o contrato; e (ii) as que não celebraram pessoalmente o contrato. A submissão das primeiras à força obrigatória do contrato deduzir-se-ia apenas do princípio da força obrigatória do contrato. A submissão das segundas à força obrigatória do contrato careceria de uma nova regra, que se acrescentaria ao princípio da força obrigatória do contrato.

48 Nem sempre o vocábulo é usado com o mesmo significado. Particularmente difundida é a distinção entre a parte em sentido substancial e a parte em sentido formal. Interessa-me a definição de parte em sentido substancial. Mesmo situando-nos por referência a esta, porém, a definição de parte poderá ainda divergir consoante o seu propósito. Neste momento, interessa distingui-la dos terceiros. Outra seria a definição se interessasse a distinção entre os domínios da multilateralidade contratual e da parte plural. Neste último contexto, afirma por exemplo FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 526, que «há uma só parte quando, para o conjunto de pessoas consideradas, além da unidade de efeitos, houver unidade da declaração contratual». Sobre a unidade de efeitos jurídicos como critério distintivo, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 460.

49 SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, pp. 448-449. Veja-se ainda, no mesmo sentido, por exemplo, LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 191-193 e 217-234; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 266-274. Pensando especificamente no exemplo do contrato de seguro, cfr. LEITE DE CAMPOS, *JRC*, pp. 66-67. O autor sustenta ainda que o representante será parte em sentido formal porque age em nome alheio e permanece estranho à produção de efeitos do contrato. Contudo, entendo que não é necessário que permaneça estranho à produção de efeitos do contrato. Um filho maior pode celebrar um contrato de seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação em nome do pai mas colocar-se a si próprio como segurado do contrato (a maioria é aqui necessária, não para a representação, mas para a condução).

Adopto esta definição. Julgo, todavia, importante esclarecer que, para além dos contraentes, ou seja, das partes que o são desde o momento da celebração do contrato, tratarei somente como partes quem as substituir, ou aos respectivos substitutos, mas já não a quem venha a aderir ao contrato em acréscimo às respectivas partes. A estes últimos, não obstante a sua inclusão entre as partes, na dicotomia que as opõe aos terceiros, na medida em que nessa qualidade participam no processo negocial, chamarei «partes adicionais» para os distinguir dos primeiros, que chamarei apenas «partes». É uma decisão terminológica, que tomo por facilidade de expressão.

Regressando ao conceito de terceiro, no domínio específico do direito dos contratos, não parece ter utilidade restringi-lo a quem, não sendo parte, esteja de alguma forma «ao lado» do contrato, «os que são de alguma forma interessados nos efeitos produzidos pelo contrato, os que de alguma maneira podem ver a sua situação afectada pela alteração decorrente do contrato».⁵⁰ Se alguém for em absoluto irrelevante em face de um dado contrato, a uma dada questão, em princípio não haverá necessidade de lhe fazer qualquer referência. Sempre que, não obstante, uma tal referência se impuser, não me parece despropositado chamar-lhe terceiro. Nem despropositado nem deslocado face ao uso geral do termo, repito, em direito dos contratos.

Enquanto o segurador e o tomador do seguro assumem, por definição, a posição de partes num contrato de seguro, alguns dos demais sujeitos analisados podem ocupar as posições de parte ou de terceiro num contrato de seguro. Entre estes sobressai a figura do «segurado»: o sujeito que se situa dentro da esfera de protecção directa, e não meramente reflexa, do seguro, de quem pode afirmar-se, em suma, que está «coberto» pelo seguro.⁵¹ Por outras palavras, utilizando uma terminologia muito cara ao direito contratual dos seguros, e que mais adiante procurarei concretizar, o segurado é aquele por

50 Cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão*, p. 229. A autora apoia-se na acepção que alguma doutrina atribui ao termo «terceiro» no direito registal, muito específica do domínio em que se insere, e que mais adiante vem a reconhecer ser demasiado restritiva para poder ser usada no domínio da cessão de créditos (p. 229 n. 601 e pp. 235-236), e nas referências que por vezes se fazem à figura dos «terceiros interessados» (p. 229 n. 601). Ora, para a figura, mais restrita, já temos essa expressão – «terceiros interessados» – não havendo ganho em fazê-la coincidir com o conceito de «terceiros», até porque, como veremos, não é evidente o que seja o «interesse» e quem sejam os «interessados».

51 Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 168-169, ao afirmar que o segurado «não é necessariamente o contraente, mas antes aquela pessoa em relação à qual a verificação da eventualidade significaria um prejuízo do qual fica a coberto graças ao direito a uma prestação que lhe advém pelo contrato». O autor conclui, dizendo que «segurado não é quem contrata o seguro mas sim quem por ele fica coberto». Subscrevo estas afirmações.

conta de quem o tomador celebra o seguro. Nos casos subjectivamente mais simples, o segurado será o próprio tomador do seguro, que sempre que necessário se designará «tomador-segurado». Nos demais casos, estaremos perante um ou mais «terceiros-segurados».⁵²

Esta definição será certamente suficiente para identificar sem grandes dúvidas a pessoa do segurado – ou dos segurados – em grande parte dos casos que se nos apresentarem. Em escritos doutrinários e na prática dos seguros, não é habitual depararmos com definições mais ambiciosas do que esta. No entanto, um dos propósitos deste estudo é contribuir para uma identificação mais rigorosa dos sujeitos – sobretudo os terceiros – que são objecto de tutela contratual e/ou legal nalgumas das classes mais representativas e problemáticas de contratos de seguro. Por este motivo, a delimitação conceptual da figura do «segurado» terá, forçosamente, de ir sendo concretizada, em pinceladas sucessivas e – espera-se – de crescente precisão, ao longo deste escrito.

Se assim é, julgo todavia conveniente esclarecer desde já o porquê da rejeição de certos modos de definir a figura do segurado. Tenho em mente, em particular, as múltiplas referências à titularidade do interesse que neste contexto podemos encontrar na doutrina.⁵³ Na verdade, é pouco rigoroso – e contudo frequente – definir-se, sem mais, o segurado como aquele sujeito cujo interesse é seguro, para logo em seguida se dizer que, não tendo o segurado interesse no seguro, este será nulo. Como bem se compreenderá, ou bem que o interesse define a qualidade de segurado e, não havendo interesse, não podemos identificar a presença de um segurado, ou bem que não é elemento definidor da qualidade de segurado, mas apenas um requisito de validade do seguro. Não pode ser

52 Veja-se, em BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 14-15, a distinção de direito canadiano entre *named* e *unnamed insureds*, que aparenta corresponder à distinção ora traçada entre tomador-segurado (*named insured*) e terceiro-segurado (*unnamed insured*). O autor define, metaforicamente, a posição de segurado como a de quem se abriga sob o guarda-chuva do seguro, ou de quem se protege atrás do escudo do seguro, quer venha ou não a ser o destinatário final da prestação pecuniária do segurador. A minha definição coincide com a sua. Da leitura dos *Motive* da VVG, p. 72, retira-se que a lei alemã recorria ao termo «segurado» unicamente no domínio dos seguros por conta de outrem, regulado nos §§ 74-80 VVG. Ou seja, nos casos em que o segurado é pessoa distinta do tomador. Poderá, todavia, estender-se o seu uso a todos os contratos de seguro, dizendo-se que, nos demais casos, coincidem num único sujeito as qualidades de tomador e de segurado. Neste sentido, SIEG, *AVVR*, p. 53, para quem o segurado em sentido amplo inclui o tomador-segurado e o terceiro-segurado, enquanto que o segurado em sentido estrito corresponde unicamente a este último.

53 Veja-se, por exemplo, a definição de DONATI, *Trattato II*, p. 62. Para o autor, o segurado seria «[a]quele – pessoa física ou jurídica – que tem necessidade da cobertura de seguro, em cuja esfera patrimonial vem a incidir o risco, e que por isso está sujeito à possibilidade de um dano, em suma, o sujeito titular do interesse».

ambas as coisas em simultâneo. Da nossa lei retira-se, sem margem para dúvidas, que o interesse do segurado é requisito de validade do contrato.⁵⁴ Logo, não pode ser, simultaneamente, elemento definidor da qualidade de segurado. O que poderá dizer-se, em sede de definição desta figura, é somente que o segurado será, quando muito, aquele a quem se exige que tenha interesse no seguro – precisamente por se encontrar coberto pelo seguro – ou aquele que se apresenta, no texto contratual, como o titular do interesse seguro.

Há que manter presente a distinção fundamental entre o contrato e a realidade envolvente.⁵⁵ É fora do contrato que devemos procurar determinar se o segurado tem, efectivamente, interesse no seguro. Se não tiver, o contrato é nulo, ou cessa os seus efeitos, dependendo da altura em que ocorre a falta de interesse, mas nem por isso o contrato deixa de ser um seguro – passa simplesmente a considerar-se um seguro inválido ou ineficaz. Antes disso, teremos de ter concluído que o contrato em apreço é um contrato de seguro. No contrato, exige-se o interesse num sentido distinto: para que o contrato seja de seguro, tem de encontrar-se no seu texto – nas estipulações das partes – a referência a um interesse de seguro. Alguém tem de ter sido explícita ou implicitamente caracterizado como o interessado – o sujeito do risco que se pretende cobrir. Esse alguém é o segurado.

Melhor será, contudo, definir a sua posição sem recorrer ao conceito de interesse, identificando antes a figura do segurado por via das duas fórmulas que proponho: nos seguros de danos, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de capitais, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários.⁵⁶

54 Cfr. o art. 43.º/1 LCS. No regime anterior, o mesmo resultava já do disposto no art. 428.º CCom.

55 Não pretendo com isto negar a realidade do contrato, mas apenas sublinhar, de forma sucinta, a separação entre «o mundo lá fora» e as referências que podemos fazer-lhe no texto de um contrato. No caso em apreço, uma coisa é saber se, lá fora, o segurado tem interesse no seguro, e outra, bem distinta, é verificar se consta do texto do contrato alguma referência ao (alegado) interesse do segurado. Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 372: «Os elementos que descrevem o negócio jurídico, integrando o respectivo texto e contribuindo assim para a determinação do seu significado, são referências às realidades (materiais ou imateriais) e não essas mesmas realidades referidas (ou referentes).» Nesse sentido, contraponho, ao longo da tese, por um lado «o contrato» e, por outro lado, tudo o que está «fora do contrato».

56 Sobre estas fórmulas, que de momento apenas se enunciam mas não se explicam, cfr. *infra* o texto junto à n. 1646.

Na terminologia adoptada, a «pessoa segura» é uma figura específica dos chamados seguros de pessoas, que desempenha nestes um papel funcionalmente semelhante ao da «coisa segura» nos chamados seguros de coisas, correspondendo à pessoa cuja vida ou integridade física se segura ou, mais amplamente, ao ponto de referência, neste caso pessoal e não real, que delimita contratualmente o sinistro.⁵⁷ Não há dúvida de que este conceito é completamente distinto do anterior. Mas não é menos certo de que é frequente corresponderem ambos a uma única pessoa. Sobretudo nos seguros de vida, mas também nos de saúde e de acidentes pessoais, essa coincidência pode ou não existir, fornecendo-nos a prática seguradora vários exemplos de casos em que a esfera protegida é a da pessoa segura e de casos em que o protegido é pessoa diversa da pessoa segura.

Alguns desses casos serão adiante analisados. Atente-se, por ora, no seguinte exemplo: imagine-se que um produtor de cinema celebra um seguro sobre a vida da estrela do filme que produz, com o seu consentimento. No contrato, estipula-se que, em caso de morte da dita estrela, o segurador indemniza o produtor pelos prejuízos que este venha a ter com a interrupção das filmagens, que estimam num montante que fazem corresponder ao capital seguro. O mesmo se diga do futebolista cuja vida e integridade física são seguras pelo próprio clube.⁵⁸ Em casos como estes, é patente que a pessoa de cuja morte depende o pagamento da indemnização – a pessoa segura – não coincide com o titular da

57 Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 168.

58 O primeiro é um exemplo do chamado *cast insurance*, subtipo do mais amplo *key-person insurance*: «seguro de elemento-chave». Sobre este, cfr. *infra* n. 498. Sobre o *cast insurance*, cfr. *infra* n. 1627. São inúmeros os exemplos reais ocorridos com estrelas de cinema, não sendo posta em causa a segurabilidade do interesse que na sua vida possam ter os estúdios de produção de Hollywood. Contudo, nem seria preciso recorrer a exemplos retirados do grande estrelato, dado que a admissibilidade de seguros como estes é comumente reconhecida relativamente a quaisquer colaboradores que uma qualquer empresa receie serem particularmente infungíveis. Imaginemos agora que eu compro ao seu primeiro titular um direito de usufruto vitalício sobre um dado prédio urbano (cfr. os arts. 1443.º e 1476.º/1/a) CC). A duração do meu direito ficará dependente da duração da vida do primeiro titular. Ainda que eu não tenha qualquer outra relação com este último, para além de lhe ter adquirido este direito, não será de admitir, dada esta relação de dependência entre um direito meu e a vida de um terceiro, que eu possa celebrar um seguro sobre a vida desse terceiro? Pode dizer-se que, neste caso, eu não tenho qualquer interesse na vida da pessoa segura, mas tenho interesse na sua sobrevivência. Em suma, tal como com uma mesma coisa pode ser objecto de vários interesses – por exemplo o do proprietário e o do credor hipotecário, também uma mesma pessoa segura pode ser objecto de outros interesses para além do seu próprio. Em defesa da necessidade de distinção das figuras do segurado (*Versicherter*), do co-segurado (*Mitversicherter*), da pessoa segura (*versicherte Person*) e do beneficiário (*Bezugsberechtigter*), veja-se BAYER, *Einbeziehung*, p. 51. Criticando a falta de consistência dos legisladores e das doutrinas de expressão germânica na utilização do termo «segurado» (*Versicherte*), veja-se o suíço IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 23. Veja-se ainda, criticando a utilização do termo «segurado» para referir a pessoa segura, mero objecto do «interesse exposto ao risco», DONATI, *Trattato II*, p. 63.

cobertura – o segurado. Salvas as devidas distâncias, e com a ressalva da necessidade de obtenção do consentimento, tratando-se de seres humanos, a situação da estrela de cinema não apresenta variações significativas, consoante se trate de um ser humano ou de uma estrela de outra espécie do reino animal, assim como a posição do futebolista se assemelha muito, no seguro, à de um cavalo de corrida.⁵⁹

Encontram-se, por vezes, na doutrina afirmações no sentido de que a pessoa segura é a pessoa que se encontra exposta ao risco coberto pelo seguro.⁶⁰ Estas afirmações são perigosas, na medida em que não distinguem o que chamarei o risco primário e o risco seguro – ou risco de seguro.⁶¹ Estão na origem da confusão, feita por alguma doutrina, entre as figuras da pessoa segura (sujeito exposto ao risco primário: *v.g.* a eventualidade de morte) e do segurado (sujeito exposto ao risco seguro: *v.g.* o risco de sofrimento de um

59 Pense-se no exemplo do chamado *cast insurance* da indústria filmográfica. De acordo com HUBBART, *Insurance and Motion Pictures*, p. 269 n. 6, o *cast insurance* aplica-se, indistintamente, a actores humanos e não-humanos. Foi esse o caso, por exemplo, da cadela *Lassie* ou do cão *Benji*. O que interessa, em todos os casos, é que as «estrelas de cinema» não sejam facilmente substituíveis durante as filmagens. O texto de algumas apólices chega mesmo a fazer referência à «pessoa ou animal designado para cobertura» (p. 275). Nesses casos, provavelmente só nas condições particulares irá descobrir-se de qual dos dois se trata – se se trata de um seguro de coisas ou de pessoas.

60 Por vezes, dizem-no do segurado, confundindo-o, no entanto, com a pessoa segura. Veja-se, por exemplo, COULBAULT/ELIASBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, p. 43.

61 GÜNTHER SCHMIDT, *Risikobegriff*, pp. 415-422, chama a este risco primário «risco concreto» e a este risco seguro «risco abstracto». Julgo que estas designações não serão as mais felizes, desde logo pela confusão a que podem dar azo com a distinção, traçada por alguma doutrina, entre necessidade concreta e necessidade abstracta, com a qual em nada se relaciona, e ainda porque a circunstância de a primeira modalidade de risco ser mais facilmente apreendida do que a segunda não confere àquela um maior grau de concretude. Cfr. ainda, em termos menos claros, SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 45-48; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 49-51 mm. 28-29.

impacto económico negativo com a morte ou sobrevivência da pessoa segura).⁶² Veja-se a seguinte distinção entre as coberturas pessoais e patrimoniais:

«As *coberturas pessoais* são aquelas que se relacionam directamente com o indivíduo e o risco que cobrem é a possibilidade de um sinistro vir a interromper o fluxo de rendimento desse indivíduo. Nestas há quatro categorias de sinistros: morte, acidentes ou doenças, desemprego e velhice. (...) As *coberturas patrimoniais* protegem um indivíduo contra os sinistros susceptíveis de destruir elementos do seu património. Os seguros patrimoniais distinguem-se dos seguros pessoais porque estes últimos cobrem riscos susceptíveis de impedir um indivíduo de ganhar dinheiro, dificultando a futura acumulação de património, enquanto os seguros patrimoniais cobrem riscos atinentes ao património acumulado.»⁶³

62 Cfr. as severas críticas de SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 169. O autor chama a atenção para a «desordem de ideias» de que padece quem identifica «aqueles sobre os quais fisicamente incide o risco com os que sofrerão os danos causados pela sua concretização, quando é evidente que as duas categorias podem não coincidir». MACHADO VILLELA, *Seguro de Vidas*, pp. 8-9 e 194, chegara a criticar a falta de rigor da expressão «seguro de vidas», dizendo que o que «em linguagem imprópria se denominava seguro de vidas» mais rigorosa e cientificamente se chamaria «seguro de valores futuros» (p. 8). Cfr. ainda BOSELLI, *Alea*, p. 470, que sublinha que o hábito de se falar, na indústria seguradora, em riscos de vida, de incêndio, etc., não deve obscurecer a circunstância de, intrinsecamente, o risco ser, em todos os casos, «a probabilidade de uma perda patrimonial». Nos sistemas de direito anglo-americano, não é usual distinguir-se as figuras do segurado e da pessoa segura. Contudo, BURKE, *Designation*, pp. 4-5; e DECHERT, *Assignments*, pp. 23-26, notavam que, tradicionalmente, na linguagem da indústria seguradora americana, se chamava *insured* à pessoa segura e *assured* ao segurado – este último termo era usado até mesmo no domínio dos seguros de danos. Exemplos deste uso, no seguro de vida, eram múltiplos, nos primórdios da actividade seguradora. Mas perdeu-se nos EUA, embora ainda se use por vezes, embora sem esta distinção de sentidos, no Canadá e em Inglaterra. Actualmente, cfr. *Couch on Insurance*, §§ 40-2 e 40-3, de cuja «definição» de «segurado» (*insured*) se depreende que este pode ser «a pessoa ou entidade que receberá uma certa quantia em dinheiro com a ocorrência de uma contingência ou evento especificado», mas que também pode ser, mais simplesmente, «o dono do seguro», e que, nalguns casos, tanto a pessoa que celebra o contrato e paga o prémio quanto a pessoa que receberá o benefício se designam por segurados, mas que, tratando-se de um seguro de vida, o segurado será antes «a pessoa cuja morte dá azo à obrigação de pagamento do segurador», embora também possa ser «o contraente, dono, ou pessoa que seja ao mesmo tempo pagadora do prémio e beneficiária do seguro». É significativa esta aglutinação, sob um mesmo termo, de realidades tão distintas.

63 TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 563. Esta explicação, que consta de um manual de economia dos seguros, não é muito rigorosa do ponto de vista jurídico, e simplifica demasiado a contraposição entre as categorias de seguros que apresenta, acomodando com alguma dificuldade importantes classes de seguros, designadamente, as que envolvam a cobertura de lucros cessantes ou mesmo as que cubram a responsabilidade civil do segurado. Aquilo a que os autores chamam «coberturas patrimoniais», descrevem-no a pensar essencialmente nos seguros de coisas (no original em inglês, os autores usam o termo *property* para se referirem aos elementos – dir-se-ia que físicos – de um dado património). Falta ainda esclarecer, por exemplo, que as coberturas pessoais tanto podem cobrir o risco de perda de rendimento pela própria pessoa segura como por terceiro. Contudo, optou-se ainda assim por transcrever este trecho, pelas razões que em seguida se expõem.

Este trecho é revelador, ao sublinhar que a ocorrência da morte da pessoa segura, num seguro de vida, deve ser tratada no mesmo plano que a ocorrência de um incêndio, num seguro de incêndio. Ambos correspondem à causa do «dano» – e não ao próprio «dano».⁶⁴ Num contrato de seguro, o segurado protege-se contra as consequências negativas da ocorrência do sinistro – e não contra o próprio sinistro.⁶⁵ Ambas as modalidades de risco – risco primário e risco seguro – são relevantes para a actividade seguradora. Nos seguros não limitados pelo princípio indemnizatório, é o risco primário que serve de base ao cálculo do prémio pelo segurador.⁶⁶ Nos restantes seguros, releva uma combinação de ambas as modalidades de risco. Todavia, é unicamente por via do risco de seguro que este tipo contratual se distingue, designadamente, do jogo. É o risco de seguro que será adiante analisado enquanto nota necessária no contrato de seguro. A necessidade da distinção tornar-se-á mais clara no decurso deste escrito. Para já, pode dizer-se que uma importante diferença entre as posições de segurado e de pessoa segura resulta de apenas

64 Sobre o recurso às aspas em «dano», cfr. *infra* n. 608.

65 Sobre o conceito de *peril*, usado no original em inglês, que podemos geralmente traduzir por (potencial) causa do «dano», mas que em certos casos, como os do trecho citado, corresponde ao nosso sinistro, e noutros à causa do sinistro, cfr. MEHR/CAMMACK, *Principles*, p. 20; VAUGHAN, *Fundamentals*, p. 5; e BICKELHAUPT, *General Insurance*, pp. 7-8. A terminologia em língua portuguesa da especialidade reflecte uma insuficiente consciência da separação entre o risco primário e o risco seguro. Um aspecto dessa indefinição terminológica está precisamente na confusão entre o que é o dano e o que é a causa do dano no uso algo indiscriminado dos termos «risco» e «sinistro». Veja-se a definição de âmbito do contrato que constava do art. 1.º/z) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho («definição das garantias, riscos cobertos e riscos excluídos»). Os «riscos» cobertos e excluídos definem-se, ou podem delimitar-se, pelos próprios *perils*. Pensemos na classificação de ramos de seguro não-vida constante do art. 123.º RGES. Os ramos distinguem-se pelo tipo de riscos cobertos. Simplesmente, nem todos se delimitam segundo o mesmo critério, razão por que, não raras vezes, ocorrem conflitos positivos de seguros, encontrando-se um mesmo sinistro coberto por dois ou mais contratos de ramos distintos de seguros. Alguns dos ramos definem o tipo de riscos cobertos em função da coisa ou pessoa segura (*v.g.*, por um lado, os seguros de veículos terrestres, de aeronaves, de embarcações marítimas, lacustres e fluviais, e por outro os seguros de saúde). Outros em função dos *perils*, ou causas do «dano» (*v.g.* o seguro de incêndio e elementos da natureza). Outros em função da coisa ou pessoa segura e de outra circunstância que a complementa (*v.g.* os seguros de mercadorias transportadas, de responsabilidade civil, de acidentes pessoais). Como se compreende, dada a origem comunitária desta classificação, esta incoerência terminológica não é um exclusivo da língua portuguesa. Veja-se ainda, por exemplo, a contraposição, de língua inglesa, entre as *all-risks coverages* e as *named perils coverages*. Ao contrário do que a primeira dá a entender, os seguros «contra todos os riscos» não cobrem mesmo todos os riscos, distinguindo-se dos outros por não enumerarem, pela positiva, todas as possíveis causas do dano (os *perils*). Os riscos cobertos são no entanto circunscritos, se bem que por via do recurso a outras técnicas. Uma vez definidos esses riscos, pretendendo-se retirar da cobertura alguns *perils*, estes delimitar-se-ão pela negativa, constando de uma exclusão. A principal diferença entre ambas as modalidades está no ónus da prova: nas *named perils coverages* cabe ao segurado demonstrar que a ocorrência se deveu a uma causa coberta pelo seguro, nas *all-risks coverages* cabe ao segurador fazer prova de que a ocorrência se deveu a causa excluída do contrato. Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Anteprojecto*, arts. 74.º a 76.º (regras gerais sobre a «causa do sinistro»).

66 Sobre o princípio indemnizatório, cfr. *infra* o texto a partir da n. 604.

ao primeiro poderem impor-se ónus ou encargos, dado que é condição essencial da imposição de ónus a atribuição, em simultâneo, de uma qualquer vantagem que os ónus possam limitar.⁶⁷

Por «terceiro beneficiário», entendo todo o sujeito que, não sendo parte no contrato de seguro, seja titular, por efeito do contrato, de uma qualquer situação jurídica activa nele estipulada, designadamente – mas não necessariamente – o direito de exigir a prestação contratual do segurador após a verificação do sinistro. Não necessariamente, porque essa posição activa pode corresponder a algo distinto. Pense-se no caso de um direito de designar o titular do direito de exigir a prestação contratual do segurador após a verificação do sinistro. Mais à frente veremos melhor em que é que isto consiste. O mesmo é dizer que, com esta expressão, pretendo identificar a figura do terceiro no contrato a favor de terceiro em todas as modalidades concebíveis a partir de um contrato de seguro.⁶⁸ Pode acontecer que os titulares das situações jurídicas activas estipuladas no contrato sejam apenas as respectivas partes, caso em que não haverá terceiros beneficiários. Ou pode a titularidade de uma dada situação jurídica activa ser cumulativa ou exclusivamente atribuída a um terceiro beneficiário. Também não posso nesta fase avançar mais do que isto, dado que uma significativa parte do estudo visa determinar precisamente em que casos podemos qualificar alguém como terceiro beneficiário, nalgumas das classes mais representativas de contratos de seguro. Mas adianto que deverá distinguir-se a figura do terceiro beneficiário de um contrato de seguro a favor de terceiro da figura, que com a primeira apresenta fortes semelhanças, do terceiro titular de um direito de acção directa – de fonte «paracontratual» – contra o segurador do seu devedor. A este chamar-se-á, simplesmente, titular de um direito de acção directa contra o segurador.

Este uso da expressão «terceiro beneficiário» é diverso do uso comum do termo «beneficiário» no domínio específico dos seguros de capitais.⁶⁹⁻⁷⁰ Correndo o risco de contribuir para alguma confusão – que, no entanto, não vejo como evitar, na medida em

67 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1685.

68 Noutros contextos, seria mais correcto definir o terceiro beneficiário, de forma mais ampla, como o titular de uma situação activa criada pelo contrato ou de uma situação passiva extinta pelo contrato. Mas não se vislumbram exemplos de extinção no domínio do contrato de seguro. Sobre o contrato a favor de terceiro, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1311.

69 Que, por sua vez, é distinto do uso do termo «beneficiário» no direito da segurança social. Sobre este, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 166-172.

que esta resulta das divergências terminológicas actualmente existentes entre os domínios do direito contratual geral e do direito contratual dos seguros, que tentarei ir identificando ao longo do texto – utilizarei por vezes o termo «beneficiário», sem o anteceder da palavra «terceiro», numa acepção mais restrita, própria da gíria do direito contratual dos seguros, para designar unicamente o terceiro, seja ele nomeado ou apenas descrito por referência qualitativa, a quem, por via de estipulação contratual, tenha sido atribuída a titularidade de um direito de exigir para si próprio a prestação do segurador após a verificação do sinistro – tipicamente, após a morte da pessoa segura num seguro de vida ou de acidentes pessoais.⁷¹ Note-se que o beneficiário de um dado seguro pode vir a sê-lo por designação de um outro terceiro beneficiário, desta feita um terceiro-segurado a quem tenha sido contratualmente atribuído o direito de designar o primeiro.

Por último, distingo a figura do «destinatário da prestação», que é aquele que, nos termos do contrato, deva receber a prestação do segurador. Este será (a) o próprio tomador; (b) um terceiro beneficiário; ou ainda (c) um terceiro não beneficiário, mas ainda assim materialmente intitulado a receber a prestação, por exemplo um simples lesado sem o direito de exigir a prestação ao segurador.⁷² Veremos em momento oportuno que, também neste último caso, o terceiro retira algo de juridicamente relevante do contrato de seguro, que funciona como «causa» da atribuição por si percebida, no sentido que o

70 Vários autores restringem a aplicação do termo «beneficiário» aos seguros de vida e de acidentes pessoais. Cfr. por exemplo, em língua alemã, EHRENBURG, *VRI*, pp. 177-178; MÖLLER, *Rechte Dritter*, p. 18; e HOFMANN, *PVR*, p. 60. Em língua italiana, cfr. SCALFI, *Assicurazione*, p. 348. Contudo, é mais rigoroso afirmar que esta é uma figura própria dos seguros de capitais, na medida em que, nos seguros de danos, uma vez que só são ressarcidos danos, não pode designar-se um terceiro para receber a indemnização. Neste sentido, embora restringindo a figura do beneficiário ao seguro de vida, FANELLI, *Assicurazioni*, p. 417. Nos seguros de danos não existem, portanto, beneficiários (*Bezugsberechtigten*). Mas já poderão existir terceiros beneficiários, no sentido que a expressão adopta no contexto do contrato a favor de terceiro. Aos terceiros lesados poderá ser-lhes concedida a titularidade de um direito à prestação nos seguros de responsabilidade civil. Nesse caso serão terceiros beneficiários, neste último sentido, mas não beneficiários (*Bezugsberechtigten*).

71 Neste sentido, cfr. os *Motive* da VVG, p. 72 (sobre o *bezugsberechtigten Dritten*). Ainda neste sentido, mas para os sistemas de matriz anglo-americana, cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, p. 16. Esta parece ser, de todas, a figura mais consensual nos vários sistemas jurídicos analisados. Contudo, para um exemplo de uma infeliz confusão entre as figuras do beneficiário dos seguros de capitais e do terceiro beneficiário dos contratos a favor de terceiro, veja-se WET, *Interprétation*, pp. 334-340. O autor entende que o seguro por conta de outrem não pode ser um contrato a favor de terceiro porque o sujeito por conta de quem se actua deve qualificar-se como segurado e não como beneficiário do seguro. Ora, muito naturalmente, se o beneficiário de um seguro de vida é um «terceiro beneficiário», no sentido que a expressão assume no regime legal do contrato a favor de terceiro, isto não significa que todo o terceiro beneficiário de um contrato de seguro a favor de terceiro tenha necessariamente de corresponder a um «beneficiário» num seguro de capitais. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2021.

72 Em defesa da necessidade de distinguir entre o beneficiário e o simples destinatário da prestação, veja-se NICOLAS, *Essai*, p. 62.

termo assume no contexto do enriquecimento sem causa.⁷³ Trata-se, em todos estes casos, de um destinatário em sentido substancial – o terceiro não é, em nenhum desses casos, um mero receptor formal da prestação, como nalguns dos casos, de entre os de prestação feita a terceiro, de que trata o art. 770.º CC.⁷⁴ Para estes meros receptores da prestação, não usarei designação específica.

A terminologia adoptada é próxima da de MENEZES CORDEIRO.⁷⁵ O autor não distingue, todavia, entre as figuras do segurado e do (terceiro) beneficiário, dado que utiliza ambos os termos no sentido que dou ao primeiro, e também não autonomiza a figura do destinatário da prestação. A destrição de todas estas figuras, bem como a clarificação dos conceitos de beneficiário na gíria do direito contratual geral e na gíria do direito contratual dos seguros, parecem-me contudo importantes, quanto mais não seja para os efeitos do estudo que me propus.⁷⁶ Em jeito de ilustração, e avançando para temas que mais tarde serão desenvolvidos, é a distinção destes conceitos que permite referirmo-nos, separadamente, nos seguros de responsabilidade civil, às figuras (i) do potencial responsável: o segurado; (ii) do lesado a quem o contrato atribui um direito de exigir directamente a prestação: o terceiro beneficiário; (iii) do lesado a quem a lei atribui um direito de exigir a prestação ao segurador: o titular do direito de acção directa; e finalmente (iv) do lesado que apenas é titular de um direito face ao lesante: o destinatário da prestação.⁷⁷

73 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1531.

74 Sobre esta distinção, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1329

75 O sentido da terminologia utilizada por MENEZES CORDEIRO deduz-se do seu *Anteprojecto* (cfr. em especial os arts. 1.º, 2.º, 3.º, 19.º e 21.º). O autor chega no entanto a afirmar, de forma clara, que em seu entender são idênticos os conceitos de segurado e de beneficiário: MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 772.

76 Veja-se ainda DONATI, *Trattato II*, pp. 61-66. O autor também dedica alguma atenção à definição da terminologia por si utilizada. Todavia, o beneficiário é para si o destinatário da prestação, e também não distingue as figuras de segurado e de pessoa segura, afirmando, talvez por isso, que nos seguros de pessoas o «interesse seguro» é sempre o da pessoa segura, com o que não posso concordar, pelas razões que adiante exporei mais em detalhe.

77 Será porventura interessante atentar na terminologia adoptada nas directivas comunitárias em matéria de seguros: «empresa de seguros»/«segurador»/«seguradora» (pt); «empresa de seguros»/«asegurador» (es); «entreprise d'assurance»/«assureur» (fr); «impresa di assicurazione»/«impresa assicuratrice»/«assicuratore» (it); «insurance undertaking»/«insurer» (uk); «Versicherungsunternehmen»/«Versicherer» (de); «verzekeringsondernemingen»/«verzekeraar» (nl); «tomador de seguro» (pt); «tomador de seguro» (es); «preneur d'assurance» (fr); «contraente assicurato» (it); «policyholder» (uk); «Versicherungsnehmer» (de); «verzekeringsnemers» (nl); «segurado» (pt); «asegurado» (es); «assuré» (fr); «assicurato» (it); «insured»/«insured person» (uk); «Versicherten» (de); «verzekerden» (nl); «beneficiário» (pt); «beneficiario» (es); «bénéficiaire» (fr); «beneficiario» (it); «beneficiary» (uk); «Empfänger von Versicherungsleistungen»/«Begünstigten von Versicherungsleistungen»/«Begünstigten des Vertrages» (de); «begunstigden» (nl). Especialmente

Mais distante da minha estava a terminologia adoptada, até há bem pouco tempo, pela nossa lei, que nem sempre era consistente, naturalmente devido, sobretudo, às diversas épocas em que foram redigidos os diplomas que ainda se encontravam em vigor.⁷⁸ Atentemos, momentaneamente, na terminologia legal tal como era definida no art. 1.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Em primeiro lugar, a lei definia o segurado como a «pessoa no interesse da qual o contrato é celebrado ou a pessoa (pessoa segura) cuja vida, saúde ou integridade física se segura».⁷⁹ Esta alternatividade entre dois conceitos distintos não leva a bom resultado, dado que, como se viu há pouco, a pessoa «no interesse da qual

curioso é o facto de, em alemão, se ter chamado ao beneficiário, literalmente, quer destinatário da prestação, quer beneficiário da prestação. Nas outras línguas não se usa o conceito de destinatário da prestação. E em inglês tanto se usa segurado como pessoa segura. Nas outras línguas não aparece a figura da pessoa segura. Isto nas três gerações de directivas de coordenação da actividade seguradora: Directiva n.º 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho (1.ª «Não-Vida»); Directiva n.º 79/267/CEE do Conselho, de 5 de Março (1.ª «Vida»); Directiva n.º 88/357/CEE do Conselho, de 22 de Junho (2.ª «Não-Vida»); Directiva n.º 90/619/CEE do Conselho, de 8 de Novembro (2.ª «Vida»); Directiva n.º 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho (3.ª «Não-Vida»); Directiva n.º 92/96/CEE do Conselho, de 10 de Novembro (3.ª «Vida»). Alguns destes textos já não se encontram em vigor. Para uma panorâmica da evolução do direito comunitário dos seguros, desde o início das discussões, no início dos anos sessenta, até ao presente, cfr. RÜHL, *Single European Market*, pp. 879-910. Entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 736-745. Neste contexto, tem ainda interesse a malograda proposta de directiva mais ousada, em matéria de direito contratual dos seguros, até à data apresentada pela Comissão. Cfr. COM (79) 355 FINAL, publicada em JO n.º C 190, de 28.07.1979, pp. 2-6, subsequentemente alterada por COM (80) 854 FINAL, publicada em JO n.º C 355, de 31.12.1980, pp. 30-39, e finalmente retirada em 04.08.1993. Cfr. JO n.º C 228, de 24.08.1993, pp. 4 e 14. Cfr. BASEDOW, *Europäischen Integration*, p. 17. Cfr. o estado actual da legislação de direito comunitário em matéria de seguros em http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/legis-inforce_en.htm.

78 Sobre a falta de consistência na terminologia da lei alemã, cfr. a crítica de WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 12. Os autores queixam-se de os termos *Versicherte* (segurado) e *Mitversicherte* (co-segurado) serem, por vezes, utilizados (1) como referindo-se ao beneficiário do seguro – que a lei também chama *Bezugsberechtigte* – (2) outras vezes com o sentido de pessoa cuja vida ou integridade física se segura – também designada *Gefahrperson*, (3) outras vezes até com um sentido mais amplo abrangendo todas as pessoas cuja posição seja de algum modo protegida pelo seguro, tais como o credor hipotecário no seguro de incêndio do bem hipotecado, o terceiro lesado num seguro de responsabilidade civil, e em geral os sucessores do tomador de seguro (*Rechtsnachfolger*). A confusão não é tanta se nos ativermos à VVG. Cfr. os *Motive* da VVG, p. 72. Veja-se a terminologia da lei alemã tal como delineada, de forma menos crítica, por MÖLLER, *Rechte Dritter*, pp. 17-20. Para além das partes – *Versicherer* (segurador) e *Versicherungsnehmer* (tomador) – o autor explica que o termo *Versicherte* (segurado) se usa na secção dedicada aos seguros de danos, para designar o terceiro beneficiário para quem se celebra um seguro por conta de outrem; nas secções dedicadas aos seguros de vida e de acidentes pessoais, o terceiro beneficiário designa-se *Bezugsberechtigter* (beneficiário). Explica em seguida que já nada tem que ver com o terceiro beneficiário de um contrato a favor de terceiro o termo *Gefahrperson* (pessoa segura). Observa que os seguros de vida e de acidentes pessoais podem celebrar-se sobre a pessoa de um terceiro sem por isso deixarem de ser celebrados por conta do tomador. Este terceiro não é, por conseguinte, titular de qualquer situação jurídica activa ou passiva no contrato de seguro. Finalmente, há nos seguros de responsabilidade civil a figura do *Drittgeschädigte* (terceiro lesado). A sua posição varia, como veremos, consoante o tipo de seguro de que se trata.

79 A definição constava do art. 1.º/c) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, imediatamente após as definições dos conceitos de «empresa de seguros ou seguradora» e de «tomador de seguro», correspondentes, respectivamente, às alíneas a) e b) do mesmo art. 1.º. Encontramos semelhante definição alternativa nas leis italiana e belga, o que motivou, em ambos os países, fortes críticas por

o contrato é celebrado», que pressupomos ser a pessoa efectivamente tutelada pelo seguro – o segurado tal como há pouco o defini – nem sempre corresponde à própria pessoa segura – a pessoa cuja vida ou integridade física se segura.⁸⁰ Por último, a lei refere-se ao beneficiário como sendo a «pessoa singular ou colectiva a favor de quem reverte a prestação da seguradora».⁸¹ Esta referência parece indicar que, para a lei, beneficiário será simplesmente o destinatário da prestação do segurador. Como vimos, esta definição poderá conduzir a falhas de raciocínio, visto que não permite distinguir, designadamente, e desde logo, entre os casos em que o terceiro tem direito a exigir a prestação do segurador e os casos, de seguros de responsabilidade civil, em que este é simplesmente um lesado cujo direito a uma indemnização só ao lesante é oponível, não podendo ser feito valer contra o segurador sem a anuência do lesante (o segurado).⁸²

São em geral de louvar as opções terminológicas da recente reforma legislativa, na designação dos vários sujeitos nas relações de seguro.⁸³ A lei distingue com clareza as

parte da doutrina. Cfr., por exemplo, FANELLI, *Assicurazioni*, pp. 415-416 n. 247; e FONTAINE, *Assurances*, p. 118. Este último autor advoga que se reserve o termo *assuré* para designar o titular do interesse seguro e que se encontre outra expressão, designadamente *tête assurée*, para designar a pessoa sobre cuja cabeça repousa o risco (acrescente-se: o risco primário). A definição alternativa tem, com efeito, uma origem francófona. E continua hoje a ser pouco questionada em França. LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 160-161, afirma, designadamente, que o segurado (*assuré*) é a «pessoa cuja cabeça ou interesse se segura, ou seja, aquele cuja pessoa ou património se encontra ameaçado por um risco», sem se aperceber da confusão a que pode dar azo, ou da possibilidade de serem distintos os sujeitos cuja pessoa e cujo interesse se encontrem ameaçados por um risco (no primeiro caso, um risco primário, no segundo caso, o risco seguro).

80 Cfr. *supra* o texto junto à n. 59. Julgo desnecessária a referência autónoma à saúde da pessoa segura: esta reconduz-se aos conceitos de vida e de integridade física.

81 A definição encontrava-se no art. 1.º/e) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Esta definição de «beneficiário» é ainda mais ampla do que a que poderemos retirar do uso que tradicionalmente se dava ao termo na indústria seguradora. De notar que algumas apólices uniformes de seguros obrigatórios de responsabilidade civil não chamam beneficiário ao lesado: chamam-lhe simplesmente «terceiro», como o fazia CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 603.

82 Adoptavam esta terminologia legal: ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 51-52 e 113-116, *maxime* pp. 54 e 56; *Relatório*, pp. 67 e 72; e *Contratos Comerciais*, pp. 73 e 89-92. O autor refere-se por vezes ao segurado e ao beneficiário como os protegidos pelo contrato, afirma que o beneficiário é aquele a quem o sinistro deverá ser liquidado, e quem, portanto, e beneficia da situação contratual, sustenta que este assume particular importância nos seguros de responsabilidade civil, acrescenta que o risco surge na esfera jurídica do tomador ou de outrem: o beneficiário. Notam-se aqui algumas flutuações terminológicas: nos seguros de responsabilidade civil, o risco não surge na esfera jurídica do lesado. Cfr. ainda VASQUES, *Contrato*, pp. 169-175. Contudo, o autor manifesta-se insatisfeito com a situação. É importante notar, a este respeito, que este último autor integrou, e o primeiro presidiu à Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro criada pelo Despacho n.º 22.409/2006, de 22 de Setembro, do Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças, que esteve na origem da LCS (e das melhorias terminológicas que esta reflecte).

83 Cfr., desde logo, os esclarecimentos oferecidos, a esse respeito, no preâmbulo da LCS (ponto IV). A terminologia da nossa lei é bem mais rigorosa, designadamente, do que a adoptada nos PEICL. Cfr. o art. 1:202 PEICL. Nestes, restringe-se o uso do termo «segurado», inexplicavelmente, ao domínio dos seguros de danos. É certo que se foge à confusão entre as figuras do «segurado» e da «pessoa

figuras do «segurador», do «tomador do seguro», do «segurado», da «pessoa segura» e do «beneficiário», não obstante referir-se ocasionalmente a uma dada figura quando se pretendia – ou deveria – ter nomeado uma outra.⁸⁴ Semelhante cuidado com a terminologia nem sempre foi observado noutros diplomas recentes em matéria de direito dos seguros.⁸⁵ Contudo, uma vez traçado o caminho, é de esperar maior rigor na legislação da especialidade posterior à LCS.

Em suma, de entre os vários sujeitos nas relações de seguro, distingo em primeiro lugar aqueles que são necessariamente partes, ou melhor as partes necessárias do contrato, que são o segurador e o tomador do seguro. As restantes qualidades em que um sujeito pode participar numa relação de seguro podem (i) coincidir na pessoa do tomador; (ii) dar azo a partes adicionais; ou corresponder a terceiros (iii) titulares de situações activas criadas pelo contrato; (iv) com direitos relativos ao contrato mas fundados na lei; (v) sem direitos ou outras situações jurídicas activas face ao contrato mas relativamente aos quais este é de algum modo juridicamente relevante, designadamente, por funcionar como causa da atribuição por si percebida.

1.3. Ensaio de definição de contrato de seguro

A compreensão do núcleo irredutível de um contrato de seguro e a análise dos seus elementos mais significativos para o objecto último deste estudo não pressupõem – julga-se – uma definição completa e acabada de contrato de seguro, pela determinação exaustiva dos elementos necessários e suficientes para a qualificação de um contrato

segura». A primeira restrição, contudo, dificulta, sem motivo aparente, a coexistência entre ambas, criando o perigo de vir a entender-se que se trataria de figuras alternativas. Resta-nos esperar que as definições se alterem quando forem aprovadas as disposições que irão integrar a Parte III (relativa aos seguros de capitais).

84 Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 187.º/2 LCS (onde as várias menções às pessoas seguras dizem respeito, em rigor, aos segurados de um seguro de grupo); e no art. 198.º/2 LCS (onde se desejaria que o regime legal da atribuição do benefício num seguro de vida reflectisse, de algum modo, a pessoa do segurado). Cfr. ainda o disposto nos arts. 198.º/3 e 212.º/1 LCS. Neste caso, não sendo propriamente incorrecta a menção do beneficiário, melhor seria ter-se considerado que, na dúvida, a pessoa segura ocupa também a posição de segurado, num seguro de sobrevivência ou de acidentes pessoais de terceiro. Era o que fazia, indirectamente, o § 179 II VVG (ao dispor que, na dúvida, se entende que o seguro de acidentes pessoais de terceiro foi celebrado por conta deste terceiro). No mesmo sentido, o § 179 I VVG 2008.

85 Cfr., por exemplo, o DL n.º 384/2007, de 19 de Novembro, que estabelece deveres de informação aos beneficiários de seguros de vida e de acidentes pessoais, ou de operações de capitalização, e cria um registo central destes seguros. Todo este diploma está feito no pressuposto de que coincidem na mesma pessoa ambas as figuras, designando-as, indistintamente, como «segurado», com a consequência de criar uma lacuna, ao não regular directamente os casos em que tal não acontece.

como de seguro. Desde logo, porque acredito que seria vã a busca de uma tal determinação, visto que, como disse há pouco e mais à frente melhor se verá, não pode distinguir-se cabalmente o contrato de seguro de algumas das suas figuras afins sem o recurso às notas eventuais, em acréscimo às de ocorrência necessária neste tipo contratual. Mas também porque – crê-se – o contrato de seguro pode assumir distintas feições consoante os efeitos para que é definido ou descrito.⁸⁶

Visto que este estudo se delimita por referência ao contrato de seguro, não há como fugir, se não a uma definição, em sentido conceptual analítico, ou sequer a uma descrição, em sentido tipológico, pelo menos a um esboço do que se entende, neste estudo, por contrato de seguro. A isto acresce que, como melhor se verá mais à frente, o seguro nasceu e desenvolveu-se numa luta constante contra algumas outras figuras de que urgia afastá-lo ou pelo menos delimitá-lo – entre as quais sobressai largamente o jogo.⁸⁷⁻⁸⁸ Isto

86 KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 p. 203 m. 3, defende a inexistência de um conceito absoluto de seguro. No mesmo sentido, JABORNEGG, *Wesen*, p. 553. Veja-se ainda o *Wesen* de WÄLDER, em que o autor expõe e analisa, numa perspectiva metodológica, o que identifica como as doze principais posições na literatura jurídica e económica de expressão germânica sobre as notas necessárias no conceito de seguro. Chama a atenção para a diversidade de propósitos subjacentes às várias definições formais propostas (pp. 82-84). Observa que quase todos os autores se propõem encontrar «o» conceito de seguro, discutindo-se e criticando-se uns aos outros, sem se dar suficiente conta, com raras excepções, da diversidade de propósitos subjacentes às suas definições: se se trata de uma definição na perspectiva económica, na perspectiva jurídica, dentro desta do ponto de vista do direito contratual ou institucional dos seguros, e por aí em diante. Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 1. PATTERSON, *Cases & Materials*, p. 2, afirmava que à pergunta «O que é o seguro?» devia responder-se com outra pergunta: «Porque quer sabê-lo?» KIMBALL, *Reflections*, p. 226, acrescentava, por seu lado, que só pode determinar-se se uma dada operação corresponde ou não a um seguro se se conhecer o contexto em que surge a questão. Questão próxima é a da distinção entre o domínio do contrato de seguro, essencialmente de direito privado, e o domínio, essencialmente de direito público, da actividade seguradora. DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 52-56, sublinha que a lei do contrato de seguro se aplica a todos os contratos de seguro, ainda que não tenham sido celebrados por empresas de seguros, enquanto a lei da supervisão diz respeito à actividade seguradora e aplica-se à actividade das empresas de seguros – e a actividade seguradora não se resume à celebração de contratos de seguro, embora esse seja o seu conteúdo essencial. WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 5, afirmam, em jeito de resumo, que o conteúdo dos conceitos legais não é necessariamente o mesmo, consoante esteja em causa a lei da supervisão de seguros (VAG) ou a lei do contrato de seguro (VVG). Os autores salientam as finalidades bem distintas de ambos os diplomas: o primeiro, prossequindo essencialmente finalidades de direito público, e o segundo, de direito privado. Em Portugal, cfr. ainda a separação de ambos os domínios que era feita por AZEVEDO (*supra* n. 37).

87 Cfr. o já defunto art. 31.º do Decreto de 21 de Outubro de 1907: «Não poderão celebrar-se contratos de seguros por via de sorteio, nem assegurar-se por esta forma quaisquer lucros aos segurados.»

88 Os contratos «de jogo» e «de aposta» – o que quer que eles sejam – encontram-se (parcamente) regulados nos arts. 1245.º a 1247.º CC. I. GALVÃO TELLES, *Contratos Civis*, pp. 181-183, *maxime* p. 182, explica que os contratos de jogo e de aposta não foram definidos «pela grande dificuldade de o fazer em termos precisos». Afirmou que do seu regime se excluía «a lotaria, sobre que existem leis especiais». Cfr. ainda PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. II*, pp. 926-928, *maxime* p. 927. Estes autores fazem notar a dificuldade de definição das duas figuras. Sustentam, no entanto, que o jogo

explica a particular acuidade com que se fez sentir, ao longo da história, a necessidade de definir, ou de algum modo descrever, o que se entende por seguro.

Não existe, na ordem jurídica nacional, uma definição legal de contrato de seguro.⁸⁹ Na doutrina, embora o seguro seja ainda o parente pobre no conjunto de contratos de direito privado tratados, podemos encontrar um número significativo de propostas de

estaria fora do direito, e que, quando se alia ao jogo um interesse económico, a saber, a perda para um lado e um ganho para outro, este se transforma em aposta. Seria esta a atribuir juridicidade ao acto. Cfr. ainda PINTO DUARTE, *Jogo*, pp. 69-76, para quem «a dificuldade de definição de jogo é quase um lugar comum» (p. 70). O autor tende a concordar com a distinção de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (p. 74). Certo é que a uniformidade de regime retira à distinção todo o interesse prático. Neste sentido, C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta*, pp. 9 e 15. Sobre a distinção, cfr. pp. 7-24. Os autores assentam o critério da distinção na participação (jogo) ou não participação (aposta) das partes na questão em disputa. Criticam a posição que parte da irrelevância jurídica do jogo, entre outras razões, por contrariar a lei, que parece tratar ambas as figuras como contratos. Diverso ainda parece ser o entendimento dominante na Alemanha. Veja-se, por exemplo, STAUDINGER/ENGEL, § 762 pp. 339-341 mm. 3-4 e 6; e PALANDT/SPRAU, § 762 p. 1112 mm. 2-3. Na definição de aposta, os autores sublinham a circunstância de o resultado do contrato depender da veracidade ou falsidade de asserções distintas sobre uma mesma questão, e acrescentam que, versando a questão sobre o desenrolar de um evento futuro, como uma corrida de cavalos, o contrato deve qualificar-se antes como um jogo. Este definir-se-ia como o contrato em que, exclusivamente com finalidade lúdica e/ou especulativa, o conteúdo e titularidade dos deveres de prestar nele estipulados se subordinam essencialmente ao acaso, embora nalguns casos também à perícia dos jogadores. Distinguir-se-ia da aposta pela finalidade, que nesta se prenderia com a resolução de um diferendo. Cfr. ainda HENNSLER, *Risiko*, pp. 427-428. O autor nota que a distinção não tem consequências práticas, visto ambos os contratos se sujeitarem ao mesmo regime. Importante seria a fronteira externa entre ambos e outros tipos contratuais. Entre nós, para além desta menção da lei civil aos contratos «de jogo» e «de aposta», há ainda que ter em conta a legislação extravagante, de que sobressai o DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro, que regula os «jogos de fortuna ou azar», complementado pela P n.º 217/2007, de 26 de Fevereiro, que fixa, com grande pormenor, as regras a que obedecem diversas modalidades particulares desses «jogos de fortuna ou azar». No art. 1.º do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro, os «jogos de fortuna ou azar» são definidos como «aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte». Da análise do respectivo regime, afigura-se que terão como cerne, quando lícitos, os jogos que habitualmente se jogam nos casinos e salas de jogo e, de facto, o conceito é um pouco mais restrito do que a sua definição levaria a crer, dado que se encontram ainda reguladas as «modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar e outras formas de jogo», correspondendo as primeiras, essencialmente, a toda a espécie de concursos e sorteios, definidas como as «operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico» (art. 160.º/1). Alheando-me de todas estas classificações, o que retiro com segurança deste diploma é que, na terminologia nele usada, o termo «jogo» corresponde ao conceito mais amplo, de que deverá partir-se para delimitar as mais variadas «formas de jogo». Será com esse sentido, superior a todas as distinções, inclusivamente à distinção entre os contratos «de jogo» e «de aposta» da lei civil, que a palavra será por mim, de ora em diante, utilizada. Nada mais direi sobre a distinção entre os contratos de jogo e de aposta, dada a sua irrelevância para o tema deste estudo. A este importa sobretudo o jogo em sentido amplo, que interessa distinguir do seguro – ou o seguro do jogo. Esta distinção marcará presença ao longo de toda a primeira parte do estudo, designadamente, a propósito da caracterização, quer do risco, quer do interesse enquanto elementos definidores do contrato de seguro, e ainda na secção dedicada aos

definição.⁹⁰ Bastante mais generosa tem sido a doutrina estrangeira, neste como noutros aspectos da teoria do seguro.⁹¹

A perspectiva adoptada é antes de mais a do direito nacional vigente. Em momento algum pretendo recorrer a um conceito de contrato de seguro que não se compatibilize com o seu sentido na nossa ordem jurídica. No entanto, como não poderia deixar de ser, a discussão que pretendo conduzir transcende em larga medida as suas estreitas paredes. E trata-se, muito naturalmente, de uma perspectiva jurídica. Mas com a consciência de

contratos aleatórios.

- 89 O art. 5.º/i) do DL n.º 144/2006, de 31 de Julho, que contém o novo regime jurídico da mediação de seguros, parece propor uma definição, mas logo se verifica que apenas a pressupõe, ao afirmar que, naquele diploma, as referências ao contrato de seguro deverão ser entendidas como incluindo, para além do contrato de seguro propriamente dito – que não define – as demais operações nessa sede indicadas. O art. 1.º LCS, como vimos acima, não define o contrato de seguro, fazendo antes referência ao seu conteúdo típico, muito à semelhança do expediente alemão de substituir uma definição pela simples referência aos deveres típicos do contrato, no § 1 VVG 2008, de certa forma já presente no § 1 VVG (cfr. *supra* n. 28). Pode, por conseguinte, afirmar-se que não existe qualquer definição do contrato de seguro na legislação vigente. Nem sempre foi assim. Cfr. o art. 1672.º CCom de 1833. Neste preceito, o seguro era definido como o contrato «pelo qual o segurador se obriga para com o segurado mediante um prémio a indemnizá-lo duma perda ou dano, ou da privação dum lucro esperado, que possa sofrer por um evento incerto». Podemos encontrar alguns exemplos, mais ou menos recentes, de definições legais deste contrato noutras ordens jurídicas. Vejam-se os exemplos italiano (art. 1882 CCit), espanhol (art. 1 LCSes) e brasileiro (art. 757 CCbr). Cfr. ainda o Ac. TJCE 25.02.1999 (cfr. *infra* n. 93).
- 90 Cfr. SANTARÉM, *Tractatus*, p. 33; EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 73; CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 499; MARCELO CAETANO, *Anotações*, p. 130; PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 17-18; SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 85; MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 19-24; BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 786; AZEVEDO, *Seguro*, c. 1675; MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 725 e 772 (e art 1.º do seu *Anteprojecto*); ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 51; *Relatório*, p. 42; *Contratos Comerciais*, p. 73; BRITO CORREIA, *Seguro*, c. 710; VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 94; e *Elementos*, p. 496; e RUI ANDRADE, pp. 36-37.
- 91 Para uma panorâmica de algumas das principais definições apresentadas pela doutrina germânica, cfr. SCHMIDT-SALZER, *Versicherung*, pp. 587-600. As diversas tentativas de definição de contrato de seguro formam uma verdadeira «legião». O termo é de WÄLDER, *Wesen*, p. 23. De entre todas, selecciono uma mancha de definições clássicas, jurídicas e económicas, de entre as que mais viriam a influenciar os estudos jurídicos sobre o contrato de seguro: CHAUFONT, *Assurances*, p. 206: «O seguro, do ponto de vista económico, é a compensação mútua dos efeitos do acaso sobre o património do homem.» MANES, *VW I*, p. 2: «O seguro é, portanto, cobertura mútua de necessidades eventuais avaliáveis em dinheiro por várias economias homoganeamente ameaçadas.» POTHIER, *Contrat d'Assurance*, p. 236 (n.º 2): «O contrato de seguro é um contrato pelo qual um dos contraentes assume o risco dos casos fortuitos a que uma coisa se expõe, obrigando-se perante o outro contraente a indemnizá-lo do prejuízo que esses casos fortuitos lhe causarem, se acontecerem, por uma quantia que o outro contraente lhe dá, ou se obriga a dar-lhe, como preço do risco com que o onera.» MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 96 m. 3: «O seguro em sentido jurídico é uma comunidade de pessoas sujeitas a riscos homogêneos, ou seja uma comunidade de riscos, com direitos independentes à mútua cobertura de necessidades.» O autor analisou em separado cada um dos elementos da sua definição: comunidade (*Gemeinschaft*); sujeição a riscos (*Gefährdung*); homogeneidade (*Gleichartigkeit*); cobertura de necessidades (*Bedarfsdeckung*); mutualidade (*Wechselseitigkeit*); direito (*Rechtsanspruch*); e independência (*Selbständigkeit*) (pp. 94-100). Claro que quase todos estes autores apresentaram definições de seguro e não de contrato de seguro – que seria importante distinguir do seguro enquanto actividade económica. O mesmo já não acontece com

que é importante não perder de vista a existência metajurídica do seguro.⁹² Daí a conveniência do recurso ocasional aos ensinamentos provenientes de outras áreas do saber e que partilhem com a ciência jurídica o contrato de seguro como objecto de análise. Por fim, a perspectiva adoptada é estritamente a do direito *contratual* dos seguros. Não se pretende apresentar uma definição que sirva os propósitos de outras áreas do direito, tais como o direito institucional dos seguros ou a fiscalidade de seguros, que, embora possam – e devam – colher subsídios no direito contratual dos seguros, deverão desenvolver a sua própria busca do que seja, para os seus efeitos, um contrato de seguro.

É o seguinte o ensaio que proponho: seguro é o contrato pelo qual uma parte, mediante retribuição, suporta um risco económico da outra parte ou de terceiro, obrigando-se a dotar a contraparte ou o terceiro dos meios adequados à supressão ou atenuação de consequências negativas reais ou potenciais da verificação de um determinado facto.⁹³ Eis o que me parece ser o núcleo comum a todas as classes de seguro.⁹⁴ Por ora, nada mais direi a este respeito. Neste ponto não o explico nem o justifico: a explicação e a

PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 1, para quem o seguro seria «uma operação pela qual uma parte, o segurado, se faz prometer, mediante uma remuneração, o prémio, uma prestação da outra parte, o segurador, em caso de realização de um risco». DONATI, *Trattato I*, p. 24, definiu o seguro, operação económica, como a actividade de preparação dos meios de satisfação de uma necessidade eventual a custo certo parcial por via da mutualidade, precisando que o conceito jurídico se distinguiria deste, por um lado, por ser mais amplo, dado que compreenderia a transferência individual de um risco e, por outro lado, por ser mais restrito, devendo em seu entender substituir-se o conceito, mais genérico, de necessidade eventual pelo conceito, juridicamente mais preciso, de dano eventual (esta última precisão prende-se com a sua teoria indemnizatória: cfr. *infra* o texto a partir da n. 531). Cfr. ainda DONATI, *Trattato II*, p. 39. Neste, o autor definia a relação de seguro como a relação em que o segurador, em troca de uma contrapartida – o pagamento ou obrigação de pagamento de um prémio –, se obrigaria a ressarcir o segurado, dentro dos limites convencionados, das consequências de um facto incerto danoso. Em Itália, cfr. ainda BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, p. 455. A definição de contrato de seguro é reduzida ao seu mínimo denominador comum pelo economista FARNY, *Fortentwicklung*, p. 870, para quem o contrato de seguro, numa perspectiva económica, se resumiria à «transferência de um risco contra o pagamento de um prémio».

92 Utilizo a expressão «existência metajurídica» em sentido distinto do de FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, p. 64; e *Texto*, pp. 344-345, quando afirma que o negócio jurídico teria uma finalidade metajurídica, fundamental e global, exterior à sua configuração jurídica: a função económico-social. Sobre a sua concepção, cfr. *infra* n. 1091.

93 Salvo na referência, menos rigorosa, ao segurado, não me distancio muito da definição oferecida no Ac. TJCE 25.02.1999: «[C]omo é geralmente aceite, uma operação de seguros caracteriza-se pelo facto de o segurador, mediante o pagamento de um prémio pelo segurado, se comprometer a fornecer a este último, em caso de realização do risco coberto, a prestação acordada por ocasião da celebração do contrato».

94 FARSACI, *Teoriche*, p. 89, observa que o contrato de seguro, desde a sua origem até aos nossos dias, se desenvolveu progressivamente em extensão e em profundidade, sem contudo se afastar do «núcleo comum» que ainda constitui o seu fundamento essencial: o seguro do risco alheio contra o pagamento de um prémio. O autor acrescenta que, actualmente, devemos ficar-nos pela identificação desse «núcleo comum» a todas as formas de seguro. Concordo.

justificação deste esboço deverá encontrá-las o leitor – espera-se – no conjunto deste escrito, que contém, na sua primeira parte, uma análise dos elementos-chaves desse núcleo comum, notas necessárias num contrato de seguro.

2. O risco

O risco é o elemento nuclear do contrato de seguro. Como é habitual dizer-se, não há seguro sem risco. Na nossa ordem jurídica, resulta sem margem para dúvidas do regime jurídico do contrato de seguro que o risco deve estar presente, quer no momento da celebração, quer durante toda a vigência de um contrato de seguro.⁹⁵ Da análise desse regime jurídico retiram-se duas ordens de conclusões: (i) fora do contrato, se o risco coberto tiver cessado ou não chegar a existir, aquando da celebração do contrato, este é nulo; se o risco se extinguir na vigência do contrato, caduca; (ii) no contrato, só é seguro o contrato em que as partes estipulam por referência a um risco, ou seja, independentemente da sua existência real, é nota necessária num contrato de seguro a referência ao risco, por palavras ou outros sinais.⁹⁶ É fundamental não perder de vista a separação conceptual entre ambos os planos. No do contrato, que é o que de momento mais nos interessa, é ainda importante ter consciência de que a centralidade do elemento risco extravasa o simples facto de este ser nota necessária num contrato seguro, dado que o risco é, de entre as notas necessárias, porventura a mais significativa – a que mais contribuir para conferir um significado, como um todo, ao todo que qualificamos como seguro.

O conceito de risco é comumente autonomizado na literatura da especialidade.⁹⁷ Mas pode dizer-se que são escassos, na ciência jurídica, os exemplos de uma análise sistemática do que seja, sob as suas mais distintas vestes, aquilo a que chamamos risco.⁹⁸

95 Cfr., designadamente, o disposto nos arts. 1.º, 24.º, 37.º/2/d), 44.º/1 e 3 e 110.º LCS.

96 Sobre a distinção entre o contrato e o que está fora do contrato, cfr. *supra* n. 55.

97 Para um exemplo entre muitos, veja-se a proeminência que lhe é dada por KISCH, *Handbuch II*, cujo subtítulo é *Die Lehre von der Versicherungsgefahr* («Doutrina do risco de seguro»). Aliás, seguido do seu *Handbuch III*, cujo subtítulo é *Die Lehre von dem Versicherungsinteresse* («Doutrina do interesse de seguro»). Nos sistemas de matriz anglo-americana, não é menor a importância dada ao estudo do risco nos manuais de direito dos seguros. Cfr., por exemplo, MERKIN, *Colinvaux*, pp. 95-132. Em Portugal, o risco é objecto de tratamento autónomo, designadamente, por MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 82-93; e MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 807-815.

98 HENSSLER, *Risiko*, p. v, nota que o fenómeno multiforme da assunção contratual de riscos não é discutido pela doutrina como um todo, tendo-se tratado, parcelarmente, algumas das suas manifestações. O autor pretende, na sua monografia, dar um tratamento unitário a todos os modos de assunção contratual de risco e, talvez mais amplamente, a todos os modos de fazer do risco

Etimologicamente, a palavra «risco» parece vir do grego *rhiz ikon*, que significaria «imagem de recife», e terá sido primeiro utilizada pelos marinheiros de Bizâncio.⁹⁹ O termo «risco», não sendo propriamente vago, é indubitavelmente polissémico, embora haja algo de comum a todos os seus usos. Para lá desse núcleo comum, são detectáveis toda uma série de acepções, diferentes umas das outras, e umas mais rigorosas do que outras, em que o termo é usado.¹⁰⁰ Mesmo em direito.¹⁰¹ E mesmo no contexto da actividade seguradora.¹⁰² Já PEDRO DE SANTARÉM se referia aos vários usos possíveis do seu antecedente jurídico latino: o *periculum*.¹⁰³

Na exposição que se segue, começarei por tratar os elementos do conceito de risco, após o que tentarei enunciar as características comuns aos juízos de risco e ao fenómeno do risco, centrando-me, numa terceira fase, nas características adicionais que estes assumem no contexto específico do contrato de seguro. Sigo esta técnica de aproximações sucessivas porque, sendo certo que as reflexões sobre o risco próprias de outras áreas do saber, designadamente da abordagem económica, financeira, probabilística, actuarial, médica, da engenharia civil, toxicológica, epidemiológica, psicológica, sociológica, antropológica e filosófica não serão necessariamente transponíveis com proveito para um discurso jurídico, os ensinamentos de algumas delas poderão certamente constituir uma ajuda.¹⁰⁴ Não tomarei em consideração, por falta de valia teórica ou mesmo prática,

materia de um contrato, e talvez por isso o seu trabalho perca ocasionalmente por alguma falta de discriminação das várias realidades distintas que se escondem por detrás do conceito de risco. Dedicar particular atenção à questão da sua avaliação, sobretudo no contexto da aplicação das cláusulas gerais dos §§ 138 (bons costumes) e 242 (boa fé) BGB. Entende que a ciência jurídica não dedicou até à data muita atenção à temática da avaliação do risco, mas que a teoria da decisão abre o caminho para essa avaliação.

99 Neste sentido, KAST/LAPIED, *Future*, p. 2. Esta origem não é, no entanto, pacífica: a maioria das fontes continua a referir a origem desconhecida da palavra «risco». O *Dicionário da Academia* (II), designadamente, afirma que o termo é «de origem obscura». O *Dicionário Houaiss* (III) recua até ao latim medieval *risicum*. Mas indica, como um dos seus primeiros usos, o sentido de perigo ligado a um empreendimento marítimo.

100 Cfr. HANSSON, *Risk*, s. 1. VLEK/STALLEN, *Risk*, pp. 273-300, *maxime* pp. 275-278, por exemplo, identificam seis definições formais de risco. RENN, *Concepts of Risk*, p. 56, por sua vez, aponta sete abordagens distintas quanto aos processos de definição e aferição do risco.

101 Cfr. STEELE, *Risks*, pp. 6-9. O termo «risco» é usado numa trintena de artigos do nosso CC. Contudo, são várias as acepções que o conceito assume ao longo do CC. Sobre isto, cfr. GUIA PEREIRA, *Distribuição do Risco*, p. 92.

102 Cfr. FANELLI, *Infortuni*, pp. 123-132.

103 SANTARÉM, *Tractatus*, pp. 114-158.

104 Podemos encontrar uma enunciação de várias dessas perspectivas em DOUGLAS, *Risk*, pp. 19-28; ou em RENN, *Concepts of Risk*, pp. 53-79.

alguns usos menos rigorosos da palavra «risco» presentes na linguagem corrente, nem mesmo quando essa linguagem corrente corresponde à gíria dos seguros.¹⁰⁵

2.1. Elementos do conceito de risco

2.1.1. Possibilidade

Nas inúmeras definições de risco que vamos encontrar na literatura de seguros, jurídica ou vinda de outras áreas do saber, não faltam referências à possibilidade, incerteza ou indeterminabilidade de um dado evento ou resultado. Expressão de uso muito comum na definição de contrato de seguro é a de «possibilidade de um evento incerto».¹⁰⁶ Centrem-nos na ideia de possibilidade, até porque, se adoptarmos uma acepção restrita de possibilidade, em que esta é, não apenas o oposto de impossibilidade, mas também o oposto de necessidade, torna-se supérflua, ou mesmo pleonástica, a referência à incerteza do evento. Recorrendo a linguagem matemática: no sentido em que o termo será aqui utilizado, possibilidade é toda a probabilidade situada entre 0 (impossibilidade) e 1 (certeza).¹⁰⁷

105 Um exemplo é a utilização da palavra «risco» para referir à própria coisa ou pessoa segura. BAKER, *ILP*, p. 2, diz que, na linguagem de seguros norte-americana, é este um dos dois principais sentidos do termo «risco». Cfr. uma enumeração de vários desses usos, menos rigorosos, em DONATI, *Trattato II*, pp. 111-112.

106 Parece ser esta a definição mais generalizada na doutrina. Veja-se, para um exemplo entre muitos, BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 449-450. Entre nós, VELOSO, *Risco*, p. 337, enumera, entre as «condições de facto» relativas ao risco de seguro, quer a possibilidade, quer a incerteza.

107 Nesse sentido, MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 276. Cfr. ainda DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 36. Nota terminológica: KISCH, *Handbuch II*, p. 1 n. 1, afirmava que eram em geral tomados como sinónimos, na literatura jurídica, os termos alemães *Gefahr* e *Risiko*. Observava, contudo, que isso não era assim, por exemplo, para EHRENBURG, para quem o *Risiko* seria a medida do *Gefahr*. Cfr. EHRENBURG, *VR I*, p. 5. Para um exemplo um pouco mais recente de um tratamento distinto de ambos os termos, cfr. BOETIUS, *Garantievertrag*, p. 48, que, para designar o grau de incerteza, recorreu ao termo *Risiko*, e para designar a probabilidade de dano usou o termo *Gefahr*. O autor acrescentou que a escala da probabilidade do dano vai de 0 a 1 e que a da incerteza exclui em simultâneo os graus 0 (impossibilidade) e 1 (certeza). Em ambos estes graus temos conhecimento do resultado. O desconhecimento atinge o seu cume na probabilidade 0,5 (o chamado *fifty-fifty*). Cfr. mais um exemplo do tratamento distinto de ambos os termos em GÜNTHER SCHMIDT, *Risikobegriff*, p. 415. Em Itália, DONATI, *Trattato II*, p. 116, depois de afirmar que o conceito de possibilidade resulta da delimitação negativa de dois conceitos opostos: a impossibilidade e a necessidade, distinguia a impossibilidade absoluta e relativa e a necessidade absoluta e relativa. Um dos exemplos que deu de uma situação de impossibilidade absoluta é o de um homem chegar aos duzentos anos de idade. Este é aliás um bom ponto de partida para as dúvidas filosóficas que podem colocar-se a propósito da questão de se saber se faz sentido afirmar-se, categoricamente, a impossibilidade ou necessidade de um qualquer facto. Cfr. *infra* n. 116. Abstraírei, neste ponto do escrito, da natureza intrinsecamente problemática da afirmação da necessidade ou impossibilidade de uma dada ocorrência.

Mais não se dirá sobre o conceito de possibilidade. Podemos, no entanto, enveredar por um breve exame do conceito de probabilidade. A probabilidade, num determinado sentido, corresponde a um juízo de frequência relativa. Esse juízo poderá ser meramente lógico-matemático (probabilidade *a priori*) ou corresponder ao resultado da análise estatística de uma pluralidade de casos análogos e independentes observados (probabilidade *a posteriori*).¹⁰⁸ O segundo não tem, por natureza, o mesmo grau de infalibilidade do primeiro, dado que, apesar do rigor da sua técnica, não chega a perder o carácter de generalização, meramente aproximativa, com referência a um grupo. Daí a existência, no segundo, de uma margem de erro, que não encontramos no primeiro. É este último juízo, de probabilidade meramente estatística, que podemos encontrar na actividade seguradora.

É preciso, contudo, ter em atenção que, num outro sentido do termo, mais amplo, nem sempre o juízo probabilístico corresponderá a um juízo de frequência relativa.¹⁰⁹ Com efeito, nos casos em que o raciocínio lógico não dá resposta – na actividade seguradora nunca dá – e em que não dispomos de dados estatísticos em que basear a nossa análise, o juízo de probabilidade pode corresponder simplesmente a uma convicção do respectivo sujeito.¹¹⁰ «Estou noventa e nove por cento certa de que não há vida em Marte.» Ou: «Estou mesmo quase certa de que não há vida em Marte.» Neste sentido do termo, não é sequer necessário que a convicção seja expressa em termos percentuais para estarmos em presença de um juízo probabilístico, não havendo diferença significativa de rigor entre ambas as formas de expressão, percentual ou não percentual, visto corresponderem ambas a meras aproximações e não (ou nem sempre) a quantificações do grau de convicção do sujeito.

108 A terminologia é a utilizada por KNIGHT, *RUP* (1921), pp. 214-217. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 157.

109 ROYAL SOCIETY, *Risk*, p. 95. O *Royal Society Study Group*, um grupo de estudo multidisciplinar constituído sob a égide da ROYAL SOCIETY e liderado por F. WARNER com o fito de analisar o estado da arte da teoria do risco nas várias áreas do saber, identificou pelo menos quatro interpretações convencionais distintas do que seja um juízo de probabilidade. O filósofo MACKIE, *TPP*, pp. 154-158, defende a existência de pelo menos cinco conceitos razoavelmente distintos de probabilidade, alguns deles com as suas subdivisões. Mais do que a exaustividade, interessa aqui esclarecer o sentido em que o termo será utilizado neste estudo.

110 A distinção entre a probabilidade como um juízo de frequência relativa e a probabilidade como grau de convicção é atribuída a POISSON, *Recherches* (1837), pp. 30-51. Curiosamente, o autor utilizava a palavra *probabilité* apenas para se referir à segunda, reservando a palavra *chance* para a primeira. Foi também este autor quem primeiro usou a expressão «lei dos grandes números» (*loi des grands nombres*) (pp. 7-19). Cfr. HACKING, *Taming of Chance*, pp. 95-104.

Poderia pensar-se que, nesta espécie de juízos probabilísticos, seria despicienda a quantificação do resultado de um juízo de probabilidade. E, de facto, os exemplos dados correspondem a afirmações aparentemente alheias a um contexto científico. Se o fizesse, arriscar-me-ia, no entanto, a subestimar gravemente o papel desempenhado pelo juízo probabilístico de mera convicção em muitas áreas, inclusivamente na actividade seguradora.

Na teoria da decisão, de acordo com o chamado princípio da insuficiência de fundamento, na falta de elementos que nos permitam definir a probabilidade de cada um dos resultados, deverá proceder-se como se todos os resultados tivessem idêntica probabilidade.¹¹¹ A este princípio opõem os teóricos da decisão a crítica de que, ainda que não tenhamos maneira de determinar com rigor a probabilidade de cada um dos resultados, chegaremos muitas vezes a um melhor resultado se, em vez de nos limitarmos a atribuir igual probabilidade a todos eles, ou de nos escusarmos a atribuir-lhes qualquer probabilidade, quantificarmos antes a probabilidade de cada um dos resultados em função da nossa convicção. Aliás, na teoria da decisão, na escolha dos métodos a utilizar na tomada de uma decisão, a distinção fundamental faz-se consoante se tenha ou não quantificado a probabilidade de cada um dos resultados, sendo menos relevante, se o tivermos feito, saber se essa quantificação provém de um juízo de frequência relativa ou da nossa convicção¹¹² – sendo certo que haverá sempre algum grau de incerteza: «A teoria da decisão é a teoria de decidir o que fazer quando não se sabe o que irá acontecer.»¹¹³

111 Cfr. DÖRSAM, *Entscheidungstheorie*, p. 37.

112 Cfr. DÖRSAM, *Entscheidungstheorie*, pp. 12, 37-38 e 41; e HANSSON, *Risk*, s. 2. Este último autor procura esclarecer, de um ponto de vista epistemológico, a distinção entre risco e incerteza. Só muito raramente se conhecem as probabilidades com absoluta certeza. Normalmente, esses raros casos correspondem aos exemplos com dados ou moedas que figuram nos manuais. Na vida real, as coisas não costumam passar-se assim. Na verdade, a única distinção que interessa fazer, nos nossos processos decisórios, é a que separa os problemas *tratados como* questões de decisão sob incerteza e os *tratados como* questões de decisão sob risco. Porque se quisermos separar as probabilidades certas das incertas, em rigor pouco ou nada arrumaríamos do lado das primeiras. Por conseguinte, quando dizemos que foi tomada uma decisão sob risco, não significa isso que a decisão é tomada em condições de absoluta certeza sobre as probabilidades envolvidas, mas sim que se procurou simplificar o procedimento decisório, optando-se por tratar como certas tais probabilidades. Cfr. ainda HENSSLER, *Risiko*, pp. 234 e 248, reconhecendo que a teoria da decisão já demonstrou amplamente que a probabilidade subjectiva pode dar sentido à falta de informação mesmo nos casos mais extremos, possibilitando-se a tomada de uma decisão num cenário de risco com base numa probabilidade meramente subjectiva. Sobre a distinção entre o risco e a incerteza, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 157.

113 HACKING, *Emergence of Probability*, p. 64.

Muitas vezes, a inexistência de dados estatísticos deve-se a estarmos perante algo de muito recente ou ainda não observado, como por exemplo os riscos associados à colocação no mercado de alimentos transgénicos ou à clonagem de seres humanos.¹¹⁴ Mas poderá também exprimir-se em linguagem probabilística um juízo de possibilidade relativo a um resultado de frequência necessariamente única, ou seja, um resultado que, por natureza, não tenha, agora ou em tempo algum, casos análogos e independentes com os quais possa ser comparado. É o caso da célebre aposta de PASCAL acerca da existência de Deus.

«[O leitor] tem duas coisas a perder: o verdadeiro e o bem. E duas coisas a comprometer: a razão e a vontade, o conhecimento e a bem-aventurança. E a sua natureza tem duas coisas de que fugir: do erro e da miséria. A sua razão não é mais abençoada escolhendo uma ou a outra, visto que tem necessariamente de escolher. Eis um ponto tratado. Mas a sua bem-aventurança? Comparemos o seu ganho e a sua perda, ao escolher que Deus existe. Consideremos ambos os casos: se ganhar, ganhará tudo. Se perder, não perde nada. Aposte, pois, que ele existe, sem hesitar.»¹¹⁵

Na sua aposta, PASCAL fez uso do já referido princípio da insuficiência de fundamento, começando por atribuir idêntica probabilidade às possibilidades de (i) existência e de (ii) inexistência de Deus. Depois, na falta de outros dados, defendeu a escolha da posição que, a ser correcta, traria maior ventura e menor desventura ao seu autor. Este raciocínio valeu-lhe a atribuição da paternidade da teoria da decisão.

Resultado de frequência única foi também o caso do presidente de uma conhecida destilaria de uísque escocês que, no contexto de uma campanha promocional, prometeu pagar uma elevada quantia em dinheiro a quem primeiro conseguisse avistar o monstro do Loch Ness.¹¹⁶ Passados alguns dias, receoso das consequências patrimoniais

114 Cfr. PICARD, *Risques*, pp. 16-17; e HOHLBEIN, *Neue Risiken*, pp. 98-104.

115 PASCAL, *Pensées* (1670), extracto do fragmento 233. Cfr. as observações de HACKING, *Emergence of Probability*, pp. 63-72; e BERNSTEIN, *Against the Gods*, pp. 69-70.

116 O facto será pelo menos contemplado como único. Outros – que não, presume-se, o tomador deste seguro – poderiam ver aqui um bom exemplo de uma impossibilidade. Não é apenas a fronteira entre o risco e a incerteza, no sentido que lhes é dado na teoria da decisão, que depende de uma escolha relativa ao modo como concebemos um dado facto. Por vezes, como se vê, também a fronteira entre a impossibilidade e a possibilidade depende mais de semelhante escolha do que da realidade que lhe subjaz (com o limite da fraude à lei). Cfr. *supra* n. 107.

desastrosas que a promessa poderia implicar para a sua empresa, procurou segurá-la contra o risco que assim criara. O risco acabou por ser aceite no conhecido mercado do Lloyd's de Londres.¹¹⁷ Neste caso, a decisão de segurar terá sido afirmativa, supõe-se, porque baseada, não no princípio da insuficiência de fundamento, mas antes na atribuição, aos dois possíveis resultados, de graus de probabilidade decorrentes de um juízo de convicção do segurador.

Na actividade seguradora, o juízo de probabilidade corresponde, tendencialmente, a um juízo de frequência relativa. Contudo, se a verificação desta tendência é absolutamente essencial à exequibilidade da actividade seguradora, numa perspectiva estritamente jurídica já não se exige que, em cada contrato de seguro, individualmente considerado, o risco possa ser medido segundo um juízo de frequência relativa. O que deverá estar presente em cada contrato de seguro é, simplesmente, a possibilidade enquanto probabilidade situada entre 0 (impossibilidade) e 1 (certeza).

Concluindo, podemos dizer que a incerteza que caracteriza esta possibilidade deverá respeitar, nos contratos de seguro, a pelo menos uma das seguintes três variáveis:

- variável *o* (incerteza quanto à ocorrência do resultado contemplado: o sinistro é *incertus an*);
- variável *m* (incerteza quanto ao momento da ocorrência do resultado contemplado: o sinistro é *incertus quando*);
- variável *v* (incerteza quanto ao valor do resultado contemplado: variabilidade da magnitude das consequências do sinistro).¹¹⁸

117 Episódio relatado por EWALD, *Risk*, p. 369. A este exemplo podemos acrescentar mais dois, também provenientes do mercado do Lloyd's de Londres, relatados por FONTAINE, *Assurances*, p. 109 n. 26: 1. O caso do produtor do filme «Macabre» (1958 EUA), que seguiu a vida de todos os seus espectadores contra a possibilidade de morrerem de medo durante a exibição do filme, pagando um prémio total de 15.000 USD, calculado com base na previsão de que morreriam ao todo oito pessoas a assistir ao dito «Macabre». Neste caso, pode dizer-se que o produtor não tinha qualquer interesse na vida das pessoas seguras, mas tinha um interesse na sua sobrevivência, dado que, se viessem a morrer, poderia ver-se obrigado a indemnizar os seus familiares. 2. O caso do realizador Stanley Kubrick, que se seguiu contra a possibilidade de descoberta de vida extraterrestre inteligente antes da estreia do filme «2001 – Odisseia no Espaço» (1968 EUA).

118 Cfr. IFRS4 (B2): variáveis *se* (a), *quando* (b) e *quanto* (c). Cfr. VELOSO, *Risco*, p. 338. HAX, *Wesen*, pp. 1-57, *maxime* pp. 23-25, distingue, a este propósito, entre os riscos multidimensionais e os riscos unidimensionais, consoante respeitem a uma ou mais destas três variáveis (*Mehrdimensionale und eindimensionale Risiken*). Cfr. ainda BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 427-455, *maxime* pp. 449-450. Contra, DONATI, *Trattato II*, p. 119. O autor entendia que a incerteza própria do risco de seguro deve respeitar

2.1.2. Desvalor

Para que possamos falar de risco, e não somente de incerteza, a possibilidade de ocorrência e a possibilidade de não ocorrência do resultado contemplado deverão ser diversamente valoradas por alguém – o sujeito do juízo de risco – no sentido de que uma delas será negativamente valorada quando contraposta à outra, ou seja, no sentido de que uma delas será considerada pior do que a outra.¹¹⁹

Com efeito, para estarmos perante um risco, para além do elemento descritivo, correspondente à possibilidade do resultado contemplado, temos ainda um elemento normativo, um juízo de (des)valor que consiste numa convicção da inconveniência,¹²⁰ para um determinado sujeito, desse mesmo resultado, genericamente contemplado, ou de apenas um aspecto determinado desse resultado.¹²¹ Podemos, pois, concluir que não é toda a probabilidade que nos interessa, mas apenas a que não é indiferente ao sujeito do juízo de risco, que de algum modo o afecta, que tem alguma projecção, algum impacto na sua vida – ou na vida do sujeito do risco, se for pessoa distinta do sujeito do juízo de risco.¹²²

«[O] risco só está presente se a incerteza envolver algum aspecto do mundo, da ordem dos eventos naturais ou das actividades humanas, com

ao evento e não às suas consequências, pelo que excluía a relevância da incerteza quanto ao valor do resultado contemplado.

119 O risco de seguro não foge a esta regra. Como afirma FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 392, o sinistro, condição de exigibilidade da obrigação do garante, é no seguro um «facto que lesa patrimonialmente ou afecta negativamente o beneficiário nas suas expectativas».

120 O *Dicionário da Academia* (II) define o risco como a «possibilidade de inconveniente ou fatalidade».

121 RENN, *Concepts of Risk*, pp. 56 e 58, observa que o conceito de «risco» é simultaneamente descritivo e normativo, dado que inclui uma análise de relações de causa-efeito mas também contém, como «mensagem implícita», uma preocupação de reduzir efeitos indesejáveis mediante a modificação apropriada das suas causas ou, não podendo reduzi-los, minimizar as suas consequências nefastas. Cfr., por exemplo, SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 4, que aponta que o risco não é uma realidade económica, como os bens, ou os danos, mas antes um juízo. A posição não é unanimemente sufragada, mas, se o risco não «é» um juízo, é pelo menos pacífico que não existe risco sem juízo de desvalor. Cfr. ainda JAEGER/RENN/ROSA/WEBLER, *RUR4*, p. 18. VELOSO, *Risco*, pp. 278-279, subdivide em dois ou três juízos o complexo que encontra em cada juízo de risco: (i) um juízo empírico (possibilidade de um dado evento); e (ii) um juízo valorativo (desvalor ético e económico do evento); a que acrescenta, sempre que esteja em causa uma acção de combate a uma fonte de perigo, (iii) um juízo normativo sobre a adequação dessa acção.

122 BERG/ERDMANN/HOFMANN/JAGGY/SCHERINGER/SEILER, *Was ist ein Schaden?*, pp. 7-10. «O risco não é uma função valorativamente neutra da probabilidade e da consequência, mas antes uma função da probabilidade e da consequência negativamente valorada» (p. 7). Cfr. ainda SIEG, *Grenzfälle*, p. 499; e STEELE, *Risk*, pp. 24-29.

impacto na realidade dos homens. O risco, em termos humanos, só existe quando os seres humanos têm algo a perder.»¹²³

Quando digo que, para haver risco, uma das hipóteses contempladas terá de ser negativamente valorada, não quero com isso dizer que, para o sujeito do risco, o resultado em causa seja necessariamente indesejado, ou negativamente considerado em todos os seus aspectos, ou sequer que, em média, os seus aspectos negativos devam suplantar os positivos.¹²⁴ Se atentarmos, por hipótese, no seguro de vida em caso de vida, que visa fazer face aos custos associados à sobrevivência após uma determinada idade, ou nos seguros de nupcialidade ou de natalidade, que visam fazer face aos custos associados, respectivamente, ao casamento e ao nascimento de uma criança, dificilmente poderemos sustentar que o resultado contemplado seja tipicamente indesejado, e muito menos devemos esperar essa aversão num caso concreto.¹²⁵ Todavia, em todos estes seguros, está presente uma possível fonte de despesas que, no entender do sujeito afectado, será prudente acautelar.¹²⁶

As dificuldades por alguns sentidas em aceitar este postulado prendem-se, essencialmente, com o facto de o risco assim identificado nos contratos de seguro ser

123 JAEGER/RENN/ROSA/WEBLER, *RURA*, p. 17. Cfr. ainda EWALD, *Insurance and Risk*, p. 199. O autor sublinha que *nada é*, em si mesmo considerado, um risco, e todavia *tudo pode ser* um risco. E HAX, *Wesen*, p. 17, ao concluir, na mesma linha, que o risco, como objecto de reflexões humanas, só pode explicar-se em conjunto com a actividade dos homens. Entre os juristas, DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 115, por exemplo, negam a segurabilidade de factos totalmente indiferentes ao segurado, dado um tal contrato corresponder substancialmente a um jogo. Mas esta matéria será tratada mais à frente, a propósito do conceito de interesse de seguro. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 365.

124 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 392-393, 558 e 567, por exemplo, configura a circunstância de eventualidade, nos negócios com função de garantia, entre os quais situa o seguro, como um facto desfavorável para o beneficiário do negócio, e mais precisamente, um facto que lesa patrimonialmente ou afecta negativamente o beneficiário nas suas expectativas, rejeitando, consequentemente, que essa desfavorabilidade esteja presente, designadamente, no seguro de vida em caso de vida. Este entendimento afigura-se de afastar, conforme se diz no texto.

125 Cfr. CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, p. 13; e CLARKE, *Policies*, p. 351.

126 Cfr. a observação do Juiz Windeyer em *National Mutual Life Association of Australasia Ltd. v Federal Commissioner of Taxation* (1959), p. 45, de que «um seguro de vida inteira é um seguro contra uma morte precoce, um seguro de sobrevivência um seguro contra uma vida demasiado longa» KIMBALL, *Public Policy*, p. 18, nota que o empobrecimento muitas vezes associado à vetustez é um problema das sociedades contemporâneas, a que é preciso dar resposta, por via do mercado e da assunção colectiva do respectivo custo social. Afirmo pouco depois que o Governador do Wisconsin, Philipp, reconheceu em 1917 «a obrigação da sociedade como um todo perante aqueles membros desafortunados da comunidade que sofrem de doença, acidente, desemprego ou idade avançada». (p. 21). Claramente, a sobrevivência após uma determinada idade é socialmente tratada como um problema, independentemente de poder ou não dizer-se que a morte de uma pessoa é ou deixa de ser motivo de infelicidade. Sobre a necessidade como um elemento do conceito de interesse nos seguros, cfr. *infra* o texto a partir da n. 419.

muitas vezes aquele a que chamo risco primário, e não o risco de seguro propriamente dito.¹²⁷ Num seguro de vida em caso de vida, o risco identificado nos contratos é aquele, de que é sujeito a pessoa segura, que se traduz na incerteza sobre o momento da sua morte, enquanto que o risco de seguro, o que se encontra efectivamente coberto pelo seguro, será antes o risco, de que é sujeito o segurado, da insuficiência de meios para fazer face aos custos associados à sobrevivência após uma determinada idade. Em suma, o risco de seguro não é o risco de sobrevivência, mas o risco de sobrevivência sem dinheiro. O risco de seguro prende-se sempre – mais à frente vê-lo-emos com maior acuidade – com a possibilidade de não satisfação de uma necessidade económica do segurado. No exemplo do seguro de vida em caso de vida, as figuras da pessoa segura e do segurado coincidem, normalmente, num único sujeito, mas isso pode não acontecer, nomeadamente nos casos em que o segurado é alguém com o dever jurídico ou moral de prover ao sustento da pessoa segura.¹²⁸

No domínio específico dos seguros, encontramos com alguma frequência afirmações no sentido de que o resultado contemplado pode ser globalmente sentido com felicidade ou com infelicidade.¹²⁹ Será apenas necessário que o resultado seja temido em virtude das suas eventuais consequências no património de um dado sujeito, ou pelo menos em virtude de eventuais ocorrências que tipicamente o acompanhem (não é necessária a existência de uma verdadeira relação de causa e efeito).¹³⁰ Por outras palavras, pouco importa que o resultado contemplado seja visto com favor ou desfavor, desde que a desfavorabilidade se encontre presente, ainda de um ponto de vista estritamente económico, ou seja, desde que o resultado contemplado possa gerar uma necessidade económica.¹³¹ No domínio específico dos seguros, o desvalor de que ora se trata deverá ser de natureza económica, deverá incidir sobre a esfera patrimonial do sujeito, pois que é dessa natureza a prestação do segurador. Por conseguinte, no domínio dos seguros, para me referir a este desvalor prefiro o recurso ao termo «impacto»: o resultado contemplado

127 Cfr. *supra* o texto junto à n. 61.

128 O regime supletivo aponta para a coincidência entre as figuras da pessoa segura e do segurado: cfr. o art. 198.º/3 LCS.

129 J. v. GIERKE, *VR I*, p. 80.

130 EWALD, *Risk*, p. 369.

131 Neste sentido veja-se, por exemplo, MANES, *VW I*, pp. 2-3; e DONATI, *Trattato I*, p. 6. Entre nós, PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 18. A questão da criação de uma necessidade económica será retomada adiante. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 508.

deverá ser susceptível de causar impacto no património do segurado. Só assim não seria caso se qualificasse como seguros, em sentido próprio, os «seguros» especificamente desenhados para compensar danos morais, ou mesmo as simples desilusões do segurado.¹³²

Possibilidade e desvalor são os dois elementos do conceito de risco, em todas as suas acepções.¹³³ Grande parte das definições de risco utilizadas nas diversas áreas do saber bastam-se com a enunciação destes dois elementos.¹³⁴ Mas não posso ficar por aqui. Antes de mais, procurarei identificar as características comuns aos juízos de risco e ao fenómeno do risco. Em seguida, analisarei as características que estes assumem no contexto específico do contrato de seguro, e que permite delimitar o risco enquanto elemento constitutivo do contrato de seguro, separando-o das demais acepções em que o conceito é usado.

2.2. Caracterização dos juízos de risco e do fenómeno do risco

2.2.1. Percepção: informação-acção

Para que uma possibilidade seja alvo de um juízo de desvalor, vimos já que é preciso um sujeito: o sujeito do juízo de risco. Por este motivo se tem, por vezes, afirmado que só corre um risco quem dele está ciente.¹³⁵ Não vejo fundamento para se exigir a consciência do risco por parte de quem o corre, sendo genericamente suficiente a sua percepção por quem quer que seja: também se estará perante um risco quando o sujeito do juízo de risco é pessoa diversa do sujeito do risco. Como se verá, esta ideia tem particular aplicação no tema deste estudo, uma vez que, no domínio dos seguros, também não se exige a consciência do risco por parte de quem o corre, mas sim por parte de quem contrata,

132 Sobre a questão da sua duvidosa qualificação como verdadeiros seguros, cfr. *infra* o texto junto à n. 691.

133 Contra, aparentemente, DONATI, *Trattato II*, p. 195, quando diz que ao conceito de risco é estranha a ideia de interesse, embora sejam conceitos interdependentes e reciprocamente condicionantes, no sentido em que não há segurabilidade sem a coexistência de ambos.

134 Cfr. ROYAL SOCIETY, *Risk*, pp. 2-8; BALDWIN, *Introduction*, p. 2; VAUGHAN, *Fundamentals*, p. 2; TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 4; e MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 17-19.

135 Cfr. HOLTON, *Defining Risk*, p. 22. Como se verá, não posso concordar com esta afirmação, mas aproximo-me do pensamento do autor quando, na mesma página, precisa que, de uma forma geral, estamos expostos às proposições que acarretam para nós consequências significativas. O critério da significatividade: «Importar-nos-íamos?» (*Would we care?*). A questão é a de saber se teríamos alguma preferência quanto à verdade ou falsidade de uma dada proposição. O uso do condicional explica-se porque, «[s]e uma pessoa está a dormir, ou está inebriada, continua exposta a uma proposição, desde que se importasse com ela, se a sua consciência não estivesse afectada.».

facto que adquire relevância sempre que haja um desdobramento das figuras do tomador e do segurado.¹³⁶

Rectius: no plano da qualificação, não se exige verdadeiramente a consciência psicológica do risco, por parte do tomador, mas apenas o seu reflexo no texto contratual. Podemos imaginar o caso de um tomador que está convicto – ou tem mesmo conhecimento – da inexistência do risco mas que ainda assim decide contratar o seguro porque a isso se vinculara, por hipótese, perante o terceiro segurado. Este facto pode ser relevante em sede de admissibilidade do contrato de seguro mas, no plano da qualificação, é suficiente a referência ao risco, que inclui a referência a um juízo de risco que, na realidade, pode nunca ter sido feito.¹³⁷

O risco de seguro poderá ainda respeitar a um recém-nascido, de quem não poderemos dizer, nem que tem consciência do risco que corre, nem que dele teria consciência, se para ele fosse alertado. Mas é certo que, pelo menos para os nossos efeitos, o sujeito de um risco será sempre, directa ou indirectamente, de base humana, ainda que o risco seja individualizado por referência a algo diverso, como acontece, por exemplo, nos chamados seguros de coisas. Para outros efeitos, poderia interessar a discussão de saber se um animal dotado de consciência também pode ser sujeito do juízo de risco e sujeito do risco. No domínio dos seguros, trata-se sempre de um risco com um impacto económico na esfera de pelo menos um sujeito, por tal motivo de base necessariamente humana. De base humana porque poderá tratar-se de uma pessoa física ou jurídica, ou até mesmo da humanidade.¹³⁸⁻¹³⁹

136 Veremos mais tarde com maior precisão quem é o sujeito do risco nos casos em que há desdobramento e em que, por conseguinte, o tomador é apenas sujeito do juízo de risco mas não (o exclusivo) sujeito do risco. Cfr., por exemplo, *infra* o texto a seguir à n. 1634.

137 Sobre a distinção entre ambos os planos, cfr. *infra* n. 653.

138 VELOSO, *Risco*, p. 278, entende que o *patiens* do mal a que se refere um juízo de risco pode ser o homem individual, um dado conjunto de homens, ou a humanidade inteira, podendo também ser, imediatamente, ou de modo directo, diverso do homem, como por exemplo um edifício. A referência à imediação deve-se obviamente à circunstância de o *patiens* indirecto desta última espécie de juízos de risco ser, em última análise, também o homem. Cfr. o art. 445.º CC. No que respeita à maior aptidão, entre nós, do uso das expressões «pessoa física» e «pessoa jurídica» em lugar das mais difundidas «pessoa singular» e «pessoa colectiva», veja-se FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 521-522.

139 Veja-se, a este propósito, o *War and Insurance* de ROYCE. Em plena I Guerra Mundial, o autor defendia a criação de uma mútua de seguros de que fossem seguradas todas as Nações, como forma de contribuir para a melhoria da capacidade de reacção contra certos riscos, designadamente os riscos de catástrofes naturais, como forma de contribuir para a Paz Mundial.

A questão da percepção do risco desempenha um importante papel no desenvolvimento dos meios de gestão do risco em geral, e da actividade seguradora em particular. Não há risco sem percepção. Historicamente, a percepção e conceptualização do risco enquanto tal surgem e desenvolvem-se intimamente relacionadas com a reunião e interligação de duas circunstâncias distintas: (i) a disponibilidade de informação por parte do sujeito do juízo de risco; e (ii) a consciência da (ou crença na) possibilidade de uma actuação sobre a realidade.¹⁴⁰

Em primeiro lugar, é preciso reunir um mínimo de informação sobre a realidade que nos rodeia para que possamos de algum modo analisá-la em função das hipóteses que se perspectivam sobre um dado resultado.¹⁴¹ Em segundo lugar, é essencial pensarmos no mundo, não apenas como uma fatalidade, mas antes como um meio em que desempenhamos um papel activo.¹⁴² Um exemplo: é isenta de dúvidas a afirmação de que temos, nos dias que correm, os conhecimentos e os meios que nos permitem beneficiar, se assim o desejarmos, de uma alimentação muito mais rica e saudável do que a que teríamos ao nosso dispor noutros tempos. Todavia, nunca como hoje foram tantos os aspectos positivos e negativos das várias espécies de alimentos para os quais somos

140 Cfr. HENSSLER, *Risiko*, p. 3; e BERNSTEIN, *Against the gods*, p. 18. Este último autor observa que, para que uma sociedade seja capaz de incorporar na sua cultura o conceito de risco, torna-se necessária uma mudança, não na sua percepção do presente, mas na sua atitude perante o futuro. Para o autor, a ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é «o domínio do risco: a noção de que o futuro é mais do que um capricho dos deuses e que os homens e as mulheres não são seres passivos ante a natureza». Até à descoberta de um modo de atravessar essa fronteira, «o futuro era um espelho do passado, ou o território turvo dos oráculos e adivinhos, que tinham o monopólio do conhecimento antecipado dos acontecimentos» (p. 1).

141 RENN, *Concepts of Risk*, p. 58, encontra três elementos comuns a todas as concepções de risco: (i) a possibilidade do resultado; (ii) a indesejabilidade do resultado; e (iii) o estado de realidade. Esta última diz respeito às diferentes concepções acerca do grau em que o conhecimento humano pode reflectir a realidade. É claro que, para o florescimento da actividade seguradora, outros conhecimentos se tornaram necessários. KIMBALL, *Public Policy*, p. 4, notava que, embora os seguros configurem uma resposta a necessidades fundamentais do ser humano, só muito recentemente, na história da humanidade, se alcançaram os níveis técnicos de conhecimento e experiência que permitissem o seu desenvolvimento em larga escala.

142 EWALD, *Insurance and Risk*, p. 198, argumenta que o sentido em que se desenvolve a actividade seguradora, os produtos que oferece, dependem, em grande medida, do imaginário do momento, daquilo de que a sociedade em que se insere está à espera e se sente preparada para absorver.

constantemente alertados, que nos colocam a todo o momento ante a necessidade de optarmos, de pesarmos prós e contras de quase tudo o que ingerimos.¹⁴³⁻¹⁴⁴

Há mesmo quem sustente que não pode haver risco sem a identificação de uma possibilidade de escolha para a acção – que não há risco sem decisão:

«[S]ó podemos falar em risco se conseguirmos identificar uma decisão sem a qual o dano não teria ocorrido. Embora isto seja uma questão de definição, não é determinante, para o conceito, que o decisor se aperceba de que o risco é uma consequência da sua decisão ou, pelo contrário, que sejam outros a atribuir-lho. E também não é relevante o momento em que isto ocorre – se ao tempo em que a decisão é tomada ou se apenas mais tarde, quando o dano já ocorreu. Para o conceito, como o tencionamos definir, o único requisito é que o dano causado seja contingente, ou seja, que possa ser evitado.»¹⁴⁵

Actualmente, sem prejuízo do desenvolvimento histórico a que há pouco se fez referência, a reserva do termo «risco» para nos referirmos às situações que envolvem, nalguma medida, a tomada de decisões quanto à sua gestão ou, pelo contrário, o seu alargamento às situações em que isso não está em causa, são essencialmente opções

143 ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 24; e *Relatório*, p. 9, refere-se ao «incremento do risco da vida em sociedade», mas é preciso ter em atenção que o que se verificou, nestes últimos séculos, foi uma crescente tomada de consciência do risco por parte da sociedade, bem como uma alteração da sua natureza, mas não o crescimento dos perigos existentes por esse mundo fora, bastando para isso ver o constante aumento da esperança média de vida nos últimos séculos. Os nossos medos, e portanto os seguros que procuramos, dependem em larga medida da nossa percepção do risco. Neste sentido, CLARKE, *Policies*, p. 14.

144 Neste ponto, cumpre fazer uma breve referência ao *Risikogesellschaft* de ULRICH BECK (*maxime* pp. 16-18 e 25-66). Para este autor, na sociedade pré-industrial, o risco começou por estar ligado aos elementos, às forças da natureza, e à ideia de aventura. Era algo que se corria individualmente, ou em pequenos grupos. Pense-se, por exemplo, na exploração dos mares que tanta importância teve no desenvolvimento do seguro marítimo. Mas as novas formas de produção e distribuição de riqueza envolvem a criação de riscos que impendem sobre todos, resultado de forças produtivas altamente desenvolvidas e de decisões políticas. Estes riscos dão origem a uma modernidade reflexiva, a uma sociedade confrontada com os riscos que ela própria cria. A modernidade encerra em si mesma, simultaneamente, as novas ameaças e as formas de lidar com elas. A sociedade industrial clássica vai sendo substituída pela sociedade industrial de risco pós-moderna por via dessa modernidade reflexiva, que é o produto da globalização e democratização do conhecimento, e da discussão pública dos riscos, que deixam de ser vistos como efeitos secundários do processo de produção e distribuição da riqueza e tomam a primazia no debate social e político. Para além da obra de BECK, veja-se ainda, a este respeito, a análise de GIDDENS, *Risk and Responsibility*, pp. 1-4.

145 LUHMANN, *Risiko*, p. 25. O autor acrescenta que, caso a incerteza relativa à futura verificação do dano não se relacione com a tomada de uma decisão, deverá falar-se em perigo (*Gefahr*) e não em risco (*Risiko*). Cfr. ainda GIDDENS, *Risk and Responsibility*, p. 8.

terminológicas, o que não obsta a que se sublinhe a ligação histórica à identificação de uma possibilidade de escolha para a acção.

Não é mera coincidência que o risco e o seguro, como conceitos, tenham evoluído e crescido em importância mais ou menos de forma paralela. O seguro é um dos principais instrumentos ao nosso dispor para a gestão dos riscos a que estamos expostos. A decisão tomada por cada sujeito de um juízo de risco é, entre outras de que não me ocuparei, a de segurar ou não segurar um risco seu ou de outro sujeito contra a sua eventual verificação.¹⁴⁶ Hoje em dia, em maior ou menor grau, individual ou colectivamente, todos estamos conscientes de que praticamente tudo o que fazemos envolve algum risco.

«Corremos um risco se – e só se – houver alguma probabilidade, por mais pequena que seja, de a nossa acção vir a ter más consequências. Dado que toda a acção comporta essa probabilidade, tudo o que fazemos é arriscado.»¹⁴⁷

O filtro que separa os riscos que estão dos que não estão na origem de um contrato de seguro não é jurídico: é o da relevância económica. A percepção que se tem da probabilidade da ocorrência do resultado contemplado e/ou da magnitude das suas potenciais consequências não poderá tê-las por tão reduzidas que não suscitem ao sujeito em causa uma suficiente aversão ao risco, pois só então ele contratará um seguro.¹⁴⁸ Inversamente, só quando a probabilidade do resultado não for demasiado elevada será o

146 Cfr. KARTEN, *Problem*, pp. 279-299, para uma análise da decisão de segurar de acordo com os cânones da teoria da decisão, dos pontos de vista, quer do tomador, quer, sobretudo, do segurador.

147 GARDNER, *Preface*, p. vii. Em face desta constatação, HONORÉ, em *Luck*, pp. 24-27 e 40, vê o agir como um jogo (*acting as betting*). Mais recentemente, todavia, expressa algumas dúvidas sobre a bondade da analogia. Cfr. *Appreciations*, pp. 225-226. Em *Luck*, *maxime* pp. 23-31 e 40, e em *Morality*, *maxime* pp. 76-81, HONORÉ expõe a sua teoria da responsabilidade pessoal pelo resultado (*outcome responsibility*), sustentando, entre outras coisas, que também na teoria dos delitos civis (*torts*) o cerne das atenções incide nas consequências de uma acção. Vejam-se as análises de GARDNER, *Obligations*, pp. 111-143; e de STEELE, *Risk*, pp. 85-120.

148 Em rigor, seria assim se não fosse a intervenção do Estado. FONTAINE, *Assurances*, p. 58, menciona uma fórmula interessante para os casos em que o risco não é suficientemente sentido do ponto de vista individual: a de tornar obrigatória a cobertura de um determinado risco no quadro de um seguro facultativo mas de subscrição generalizada na prática, como forma de solidarizar o financiamento de riscos à partida pouco dispersos, ou em que, apesar de dispersos, a probabilidade é remota – demasiado remota para que a cobertura seja voluntariamente subscrita por um número significativo de pessoas – mas em que as consequências de um eventual sinistro sejam extremamente pesadas e pouco dispersas. O processo é utilizado, designadamente, na Bélgica, para os riscos de atentados e de catástrofes naturais, cuja cobertura se encontra obrigatoriamente incluída no seguro de incêndio desde 1988.

seguro efectivamente contratado, visto que, em caso contrário, este seria demasiado caro.¹⁴⁹ Aliás, a necessária preexistência de um sentimento de aversão ao risco suficientemente forte para motivar o sujeito à contratação do seguro vem reforçar, do ponto de vista económico, a conclusão jurídica de que, para haver risco, como elemento constitutivo do contrato de seguro, é essencial que este contenha um juízo de inconveniência do resultado contemplado.¹⁵⁰

2.2.2. Subjectividade: a inevitabilidade da mediação humana

Vimos que não há juízo de risco sem o sujeito que o formule: não há risco sem percepção. O juízo de risco baseia-se na informação ao dispor desse sujeito sobre determinados aspectos do mundo que o rodeia. Contudo, o risco não é algo que exista no mundo – o que por vezes esquece quem afirma que o risco deve ser «real».¹⁵¹

Para poder dizer-se de alguém que é sujeito de um risco, vimos que é necessário, antes de mais, que o resultado em causa não lhe seja indiferente. Este é o nível de subjectividade mais evidente num juízo de risco. Mais importante do que este é o facto, em parte

149 Cfr. TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 74; e MEHR/CAMMACK, *Principles*, p. 33. Entre os juristas, cfr. HENSSLER, *Risiko*, p. 249. Veja-se ainda, a este propósito, o disposto no n.º 15 da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro. Segundo a referida disposição, é necessária uma declaração do tomador a confirmar que foi informado de que há a possibilidade de o total dos prémios pagos ultrapassar o benefício seguro em mais de 25% (sempre que for esse o caso).

150 HENSSLER, *Risiko*, p. 244, observa que muitas pessoas chegam a pagar, como entrada num jogo ou como prémio de um seguro, o dobro da esperança matemática do risco em causa. No caso do jogo, diz-se que são atreitos ao risco. No caso do seguro, que são avessos ao risco. Isto explica-se porque a utilidade do seguro para cada pessoa se avalia de forma distinta do mero cálculo da esperança matemática do risco. Sobre o conceito de aversão ao risco, cfr. HANSSON, *Risk*, s. 5. Em rigor, explica o autor que uma pessoa é avessa ao risco se prefere um resultado certo a um resultado arriscado com a mesma utilidade esperada (que é um valor distinto da mais imediata esperança matemática). O grau de aversão ao risco pode medir-se pela disponibilidade do sujeito para pagar, ou para aceitar uma utilidade esperada mais baixa, por forma a evitar um risco. Com base nesta ideia, foram desenvolvidas duas fórmulas para medir os coeficientes absolutos e relativos de aversão ao risco, a que passou a chamar-se medidas Arrow-Pratt (em homenagem aos economistas americanos que as desenvolveram: KENNETH ARROW e JOHN W. PRATT).

151 Encontram-se com alguma frequência afirmações destas na doutrina. URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 754, observa que, sendo o risco um elemento essencial do seguro, não haverá contrato «se não se cobrem riscos reais, com existência efectiva no momento da celebração do contrato e ao longo da sua duração». O mesmo requisito aparece-nos no *Anteprojecto* de MENEZES CORDEIRO (art. 48.º). Cfr. ainda C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Apostas*, p. 24, que distinguem o jogo dos restantes contratos aleatórios por naquele o risco ser «artificial» e nos demais existir um risco «real». Por último, cfr. VAUGHAN, *Fundamentals*, 6.ª ed., p. 5: «Note-se que, nesta definição, o risco é uma condição do mundo real; não é subjectivo, mas antes uma combinação de circunstâncias no ambiente exterior.» Repare-se agora na redacção um pouco mais cautelosa em *Fundamentals*, 10.ª ed., p. 2: «Note-se, antes de mais, que, nesta definição, o risco é uma condição do mundo real; é uma combinação de circunstâncias no ambiente exterior.»

também já visto, de a existência de um risco pressupor a formulação de um juízo de risco. Não há risco sem (i) um sujeito do risco; e (ii) um sujeito do juízo de risco – embora ambos os papéis possam naturalmente coincidir numa mesma pessoa. Deve ainda acrescentar-se que o juízo probabilístico, elemento descritivo do conceito de risco, não incide directamente sobre o mundo. Corresponde antes a um juízo modal sobre a verdade ou falsidade de uma proposição.¹⁵² E toda a proposição que consideremos se afasta do mundo na medida em que pressupõe a mediação humana na selecção, descrição e organização dos seus elementos – facto a que só recentemente se tem prestado a devida atenção.¹⁵³

Encontram-se, com alguma frequência, na literatura da especialidade, afirmações no sentido de que poderá ser meramente subjectiva a incerteza que subjaz a um juízo de risco.¹⁵⁴ Isto acaba por ser outro modo de fazer referência à questão, antes abordada, da distinção entre a probabilidade como um juízo de frequência relativa e a probabilidade como um juízo de convicção.¹⁵⁵ Em sede de direito dos seguros, esta questão é frequentes vezes tratada na perspectiva da admissibilidade do seguro sobre os chamados riscos putativos, relativos a factos passados, de que tratarei adiante.¹⁵⁶ Por ora, examinar-se-ão asserções mais genéricas sobre a subjectividade da incerteza que subjaz a um juízo de risco e, por inerência, sobre a subjectividade do risco.

É usual distinguir-se o risco dito «objectivo», rigorosamente medido, produto da investigação científica, e o risco dito «subjectivo», produto de um estado de espírito de

152 Já o afirmava KEYNES, *Treatise*, p. 5. Cfr. ainda HOLTON, *Defining Risk*, p. 22; e CHRISTIAN SCHMIDT, *Risque et Incertitude*, p. 166. Este último autor explica que, de um ponto de vista lógico, deve distinguir-se entre o objecto da incerteza e a própria incerteza. O nosso conhecimento do mundo existe por intermédio de proposições construídas com base na informação ao nosso dispor. Tais proposições podem ser verdadeiras ou falsas. A incerteza refere-se ao valor do nosso conhecimento: à probabilidade de verdade ou falsidade das proposições de que se compõe.

153 BALDWIN, *Introduction*, pp. 4-5, nota que todo o processo de selecção, definição e estruturação do problema de risco, cientificamente analisado, envolve a formulação de juízos, e que, por sua vez, esses juízos influenciam as conclusões da análise científica. Em última análise, nem as avaliações técnicas nem as percepções leigas do risco conseguem dispensar a interpretação, a formulação de juízos e, em suma, a subjectividade humana. No mesmo sentido, SLOVIC, *Trust*, p. 690. O autor sublinha que da inevitabilidade da formulação de juízos em todas as fases da análise resulta um elemento de subjectividade que permeia todas as avaliações de risco.

154 Por exemplo, no contexto dos seguros, quanto ao risco seguro, EHRENBURG, *PVR*, p. 3; DONATI, *Trattato II*, pp. 40, 117-118 e 179; BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 449-450; e GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 241; e, mais recentemente, BK/DÖRNER, p. 16 m. 42; BK/BAUMANN, p. 64 m. 3; e HOFMANN, *PVR*, pp. 6-7. Entre nós, J. M. BRITO, *Seguro Marítimo*, pp. 15-16.

155 Cfr. *supra* o texto junto às nn. 111 e 112.

156 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 236.

incerteza psicológica, de uma percepção leiga acerca da realidade e de uma atitude perante essa mesma realidade.¹⁵⁷ Remonta a FRANK H. KNIGHT, no domínio da economia, a distinção entre os conceitos de probabilidade objectiva e subjectiva ou, na nomenclatura em que a sua distinção ficou mais conhecida, entre os conceitos de risco e de incerteza. Para este autor, o risco em sentido estrito deve poder ser medido, e existe apenas quando se conhece a distribuição de resultados possíveis, na probabilidade lógico-matemática (ou *a priori*) ou na probabilidade de frequência estatística (ou *a posteriori*). Na incerteza, pelo contrário, normalmente pela falta de uma pluralidade de casos homogêneos e independentes observados, a característica da unicidade impediria a medição. Pertence também a este autor a distinção entre a ignorância necessária e a ignorância meramente factual, sustentando o autor que o raciocínio probabilístico, para ser válido, deverá partir da incognoscibilidade inerente (*inherent unknowability*) dos factores, e não do simples facto da ignorância.¹⁵⁸

As distinções de KNIGHT beneficiaram de uma aceitação generalizada, desde logo no campo da economia, mas também em direito e, muito em particular, no direito dos seguros.¹⁵⁹ Mas a distinção entre probabilidade ou risco objectivo e probabilidade ou risco subjectivo é uma distinção problemática¹⁶⁰ e que hoje está longe de ser pacífica.¹⁶¹

157 Cfr. TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 7-8; e FISCHHOFF/WATSON/HOPE, *Defining Risk*, pp. 30-42. Esta distinção é diferente da que usa, designadamente, CHAUFONT, *Assurances*, pp. 98-99, entre risco subjectivo como o risco que, nas suas palavras, nasce da acção do homem e da sua eventual má fé, por oposição ao risco objectivo, derivado da natureza das coisas seguras. Este uso das expressões não sobreviveu na doutrina.

158 KNIGHT, *RUP* (1921), pp. 218-219 e 233-234. Cfr. os desenvolvimentos de HAX, *Wesen*, pp. 1-57, *maxime* pp. 9-11 (probabilidade numérica e não numérica) e em WYNNE, *Preventative Paradigm*, pp. 111-127, *maxime* p. 114, apresentando uma taxonomia dos diferentes tipos de incerteza (*lato sensu*): 1. risco – conhecemos a probabilidade dos diferentes resultados. 2. incerteza (*stricto sensu*) – desconhecemos a probabilidade dos diferentes resultados mas conhecemos os principais parâmetros. 3. ignorância – não sabemos o que desconhecemos (a ignorância aumenta com o aumento dos compromissos que adoptamos com base no conhecimento de que dispomos). 4. indeterminação – cadeias ou redes causais em aberto.

159 Em grande medida, indirectamente, por influência da obra de autores como MANES, *VWI*, pp. 7-8. Cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 126 e 236. Para este último, a ciência jurídica deve distinguir entre três graus distintos de incerteza: (i) as situações em que conhecemos a probabilidade objectiva de todos os resultados possíveis (risco em sentido estrito); (ii) as situações em que só os resultados possíveis mais importantes são conhecidos e em que é apenas aproximada, ou subjectiva, a probabilidade que lhes alocamos, de acordo com a nossa convicção; e (iii) as situações de total incerteza, que juridicamente caem na categoria dos riscos imprevisíveis. O autor não considera a fragilidade da distinção. Entre nós, aderindo em geral à distinção entre probabilidade objectiva e subjectiva e, em particular, à terminologia de KNIGHT, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 57; e *Relatório*, p. 96.

160 Cfr., sobre o carácter problemático da distinção, HOLTON, *Defining Risk*, pp. 19-25, *maxime* p. 20.

161 Note-se que do mesmo problema padece, embora em menor grau, a distinção entre condições próprias, referentes ao futuro, e impróprias, referentes ao passado ou ao presente (*conditiones in*

Antes de mais, não podemos esquecer que, para algumas correntes de pensamento, em última análise toda a incerteza é necessariamente subjectiva, dado que, sempre que dispomos de toda a informação necessária para um dado efeito, também o futuro se nos afigura como certo. Assim, por exemplo, fomos capazes, a partir de certa altura, de prever os eclipses solares e lunares, quando antes estes surgiam de surpresa. As origens filosóficas das interpretações subjectivas da probabilidade remontam a DAVID HUME.¹⁶² O filósofo escocês defendeu a inexistência do acaso, ao pronunciar-se sobre a ideia de probabilidade, sustentando que, na origem dos juízos de probabilidade – que nada mais seriam do que um transportar do passado para o futuro em antecipação de uma regularidade – estaria a nossa ignorância acerca das causas dos acontecimentos.¹⁶³ Esta é uma visão determinista da existência. Encontramos afirmações diametralmente opostas a estas, por exemplo, na obra de HEGEL.¹⁶⁴ Haverá também lugar para toda a espécie de posicionamentos intermédios a este respeito. E pelo menos desde 1927, com a descoberta do «princípio da incerteza» por HEISENBERG, surge a consciência de que no mundo quântico se abre um lugar para o acaso, na medida em que as leis da natureza aí vigentes não são «determinadas». Pelo contrário, só fórmulas probabilísticas são capazes de exprimi-las – o único conhecimento possível é de natureza estocástica.¹⁶⁵

praeteritum vel praesens collatae). Cfr., sobre a distinção, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, p. 358. O autor afirma que nestas últimas o facto é objectivamente certo mas subjectivamente incerto. Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 716.

162 HUME, *Enquiries* (1748), pp. 46-59. Sobre o tema, cfr. HOLTON, *Defining Risk*, pp. 19-25.

163 Vamos encontrar semelhante afirmação, nomeadamente, em LAPLACE, *Théorie Analytique* (1812), pp. vi-viii. No domínio do direito dos seguros, veja-se ainda, no mesmo sentido, mais recentemente, KOJIMA, no seu *Manual Geral dos Seguros*, excerto em língua alemã citado em INNAMI, *Zufälligkeit*, p. 302. Para aquele autor, atingindo a ciência o seu último estágio, a perfeição, deixaria de haver espaço para o acaso, restando-nos, em todos os domínios, a necessidade.

164 HEGEL, *Logik* (1816), pp. 179-180 e 189: «O casual não tem portanto fundamento, porque é casual; e ao mesmo tempo tem um fundamento, porque é casual. (...) O casual é portanto necessário (...). [E]sta casualidade é mesmo a necessidade absoluta, é a essência das realidades livres e necessárias em si mesmas.» Citações retiradas do II Livro, III Secção, II Capítulo (*Die Wirklichkeit*). Pense-se ainda em observações como as de NIETZSCHE, *Zarathustra* (1883-1885), p. 184: «Sobre todas as coisas estende-se o céu da Contingência». Ou de SARTRE, *La Nausée* (1938), p. 187: «O essencial é a contingência. Quero dizer que, por definição, a existência não é a necessidade. Existir é *estar aí*, simplesmente; os existentes aparecem, deixam-se *encontrar*, mas não podemos *deduzi-los*.» Ver a análise das observações destes e de outros autores em INNAMI, *Zufälligkeit*, pp. 301-309. O autor duvida de que o desconhecimento possa ser a bitola para toda a casualidade (p. 305).

165 LOOSCHELDERS, *Zufall*, p. 530, estabelece uma correspondência entre as perspectivas do seguro e da física quântica, na medida em que em ambas se pretende transformar o acaso num fenómeno regulado. Reflectindo especificamente sobre o exemplo da física quântica, veja-se, todavia, a posição marcadamente humeana de GUITTON/BOGDANOV, *Gott und die Wissenschaft*, p. 67, quando afirmam que «aquilo a que chamamos acaso é somente a nossa incapacidade de compreensão de um grau mais elevado de ordem». Cfr. ainda a discussão relativa à oposição entre a casualidade e a necessidade (pp. 65-76).

Deslocando-nos para o plano das ciências sociais, pode resumir-se eficazmente o estado da arte com a afirmação de que, por um lado, se reconhece hoje que há elementos de subjectividade em toda a avaliação do risco, mesmo que «científica».¹⁶⁶ Por outro lado, que as avaliações «leigas» do risco resultam muitas vezes de juízos muito mais sofisticados do que inicialmente se pensara.¹⁶⁷ A matéria tem sido especialmente estudada, pelas várias ciências sociais, no contexto da avaliação do risco inerente à tomada de decisões políticas ou mesmo técnicas, que afectem toda uma população.¹⁶⁸ Porém, as conclusões a que se chegou são em grande medida transponíveis para muitas outras áreas, designadamente, para a indústria seguradora, que partilha com as primeiras, embora com objectivos bem distintos, a actividade de avaliação do risco.

No que concerne ao risco, foi-se tomando consciência da inevitabilidade da mediação humana na construção do chamado «problema de risco». Têm-nos chegado alertas das várias ciências sociais, sobretudo desde os anos oitenta, para a inadequação da ideia de risco como um conceito objectivo e unidimensional cuja quantificação corresponda a um simples produto de probabilidade e consequência.¹⁶⁹ Tem-se insistido na inerente

166 Cfr. FISCHHOFF, *Risk*, pp. 270-271. O autor sublinha que as asserções tipicamente qualificadas como objectivas contêm inevitavelmente elementos valorativos da parte dos cientistas que as formulam. «A esta luz, àquilo a que normalmente se designa por conflito entre riscos reais e percebidos melhor se pensaria como o conflito entre duas modalidades de percepções do risco: as dos cientistas consagrados no âmbito da sua especialidade e as de todos os demais.» (p. 270). Cfr. ainda WYNNE, *Mythologies*, pp. 127-143. O autor realça a circunstância de se recorrer muitas vezes a estudos científicos para emprestar autoridade à tomada de decisões políticas, encarando esses estudos como se contivessem resultados absolutos, rigorosos, inatacáveis, quando na verdade tais estes resultados não existem, dado que o máximo a que a ciência pode aspirar é ao consenso da comunidade científica de um dado momento sobre determinadas matérias. O autor conclui que a ciência tem sempre menos defesas contra o ceticismo do que, de uma forma geral, se imagina.

167 Nesse sentido, BALDWIN, *Introduction*, pp. 2-5.

168 SLOVIC, *Trust*, p. 689, conclui que a própria definição do risco é um exercício de poder. VLEK/STALLEN, *Risk*, pp. 273-300, *maxime* pp. 275-278, identificam seis definições formais de risco. Cfr. ainda ROYAL SOCIETY, *Risk*, pp. 89-90 e 94-98. Exemplos das decisões técnicas ou políticas que podem ter de ser tomadas para a avaliação de um risco: deverão algumas doenças crónicas ser julgadas mais gravosas do que a morte? Deverá o risco de um facto com pouca probabilidade de ocorrência mas com potenciais consequências devastadoras ser julgado maior do que o risco de um facto com elevada probabilidade de ocorrência mas com potenciais consequências bastante menos devastadoras? (p. 95). Finalmente, na avaliação do risco é importante a distinção entre a incerteza paramétrica (*what you know you don't know*) e a incerteza sistémica (*what you don't know you don't know*) (p. 96). Esta última pode naturalmente viciar todas as conclusões de um estudo sobre o risco.

169 Um bom resumo do contributo das ciências sociais, com referências à bibliografia mais importante sobre a matéria, encontra-se em ROYAL SOCIETY, *Risk*, pp. 7-8, 89-90, 94-98 e 111-118. Afirma-se neste estudo que, desde o início da década de oitenta, tem vindo a alargar-se o consenso, entre as várias ciências sociais, quanto à importância que assumem os elementos sociais, culturais e institucionais na percepção do risco. Diz-se que, como a percepção do risco é inerentemente multidimensional e pessoal, decorrendo de pressupostos sociais, culturais e institucionais, o risco é na verdade uma construção social.

subjectividade de todo o juízo de probabilidade, não no sentido de algo que varia de sujeito para sujeito, mas no sentido mais genérico de algo que não dispensa a interpretação, e como tal a intervenção (ou interferência) humana, e tem-se afirmado que o risco é essencialmente o produto de uma construção social.¹⁷⁰ Nalguma medida, essas vozes críticas foram ouvidas por grande parte da doutrina proveniente das restantes áreas do saber, tradicionalmente mais objectivistas, sendo actualmente difícil fugir ao reconhecimento da presença da mediação humana em todos os processos de avaliação do risco.¹⁷¹

Será necessária alguma cautela contra os exageros do construcionismo social, a afirmação epistémica de que tudo aquilo em que acreditamos é o produto contingente, não apenas do que podemos observar, mas sobretudo do papel que as nossas convicções desempenham na nossa vida social.¹⁷² Há quem apresente um meio termo, criticando o relativismo cultural da perspectiva de alguns psicólogos, sociólogos e antropólogos que defendem que o risco não existe, que é essencialmente uma construção social, para daí concluir pela impossibilidade de uma avaliação objectiva do risco, bem como o «positivismo ingénuo» da perspectiva de alguns economistas que, pelo contrário, defendem a possibilidade de retirar do risco qualquer juízo de valor que o subjective ou relativize. Defende-se um caminho intermédio, em que se reconheça a impossibilidade de retirar a componente humana da avaliação do risco, sem no entanto rejeitar por completo

170 SLOVIC, *Trust*, pp. 689-701, diz que a realidade do risco é negada por muita análise proveniente das ciências sociais. Cita abundante doutrina (nn. 8 a 13). Sustenta que o perigo é real mas que o risco é uma construção social, que a avaliação do risco é necessariamente subjectiva, representando uma mescla de ciência e juízos de valor, com importantes factores psicológicos, sociais, culturais e políticos. «O risco não existe "lá fora", independentemente das nossas mentes e culturas, à espera de ser medido. Ao invés, os seres humanos inventaram o conceito de risco para os ajudar a compreender e lidar com os perigos e incertezas da vida. Embora esses perigos sejam reais, não existem "riscos reais" ou "riscos objectivos"» (p. 690).

171 Cfr. ROYAL SOCIETY, *Risk*, pp. 89-90 e 94-98. Afirma-se neste estudo que a separação entre o «risco objectivo» e o «risco subjectivo» tem vindo a ser alvo de ataques crescentes, já não podendo dizer-se, actualmente, que corresponda a uma posição corrente. É pouco rigorosa a distinção entre o «risco real» e o «risco percebido», porque, em última análise, ambos envolvem, inevitavelmente, a interpretação e a formulação de juízos, e portanto a subjectividade, em maior ou menor grau. CHRISTIAN SCHMIDT, *Risque et Incertitude*, p. 163, conclui que a visão tradicional de que o risco designa toda a incerteza susceptível de ser probabilizada perdeu toda a pertinência, com a generalização das probabilidades subjectivas na teoria da decisão mais recente. Veja-se ainda HOLTON, *Defining Risk*, pp. 19-25.

172 Neste sentido, BOGHOSSIAN, *Social Construction*. O autor concede, todavia, que esta corrente desempenhou um papel importante na desmistificação de alguns preconceitos dos domínios da afirmação da igualdade dos géneros e das raças. Refere, em especial, o trabalho de SIMONE DE BEAUVOIR, sobretudo em *Deuxième Sexe*; e de APPIAH, em *Color Conscious* (este último, não na defesa da igualdade de raças, mas na da sua inexistência).

a utilidade dessa avaliação.¹⁷³ Em suma, actualmente admite-se, como um dado adquirido, que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objectiva e a probabilidade dita subjectiva.¹⁷⁴

A contraposição terminológica entre o risco como probabilidade mensurável e a incerteza como probabilidade imensurável acabaria por vingar no campo da teoria da decisão, mas com uma importante adaptação: o tratamento de um determinado processo de decisão num cenário de risco ou num cenário de incerteza depende essencialmente de uma opção – de uma opção metodológica de quem analisa esse processo de decisão. O que interessa, em cada caso, é optar entre tratar ou não cada processo recorrendo à simplificação de uma quantificação probabilística numérica.¹⁷⁵ Ou seja, já não se distingue entre o que pode e o que não pode ser medido, mas sim entre o que foi e o que não foi medido, para o efeito da tomada de uma decisão. Uma vez que o recurso à dita probabilidade subjectiva nos permite transformar todos os cenários de decisão perante a incerteza em cenários de decisão perante um risco, o passo seguinte, dado por alguns autores, é o de afirmarem a desnecessidade da própria distinção entre os conceitos de risco e de incerteza, tal como propugnada por KNIGHT.¹⁷⁶ Não se trata de uma conclusão pacífica, mas a querela perde importância, para a ciência jurídica, a partir do momento em que se atinge o consenso quanto ao que atrás ficou dito: que é apenas de grau a diferença entre a probabilidade dita objectiva e a probabilidade dita subjectiva, interessando-nos ainda reter que a distinção entre a probabilidade numérica e não numérica passa em grande medida por uma decisão do sujeito do juízo de risco, tratando-se de dois modos distintos de abordar um mesmo problema e não de algo que dependa única ou predominantemente da realidade que se contempla.

173 Neste sentido, SHRADER-FRECHETTE, *Risk and Rationality*, pp. 29-52. Como exemplo do relativismo cultural criticado por este autor, temos a afirmação de que escolhemos os riscos que enfrentamos do mesmo modo que escolhemos as nossas instituições sociais, em DOUGLAS/WILDAVSKY, *Risk and Culture*, p. 9. Um bom resumo da posição da perspectiva antropológica do risco encontra-se em ROYAL SOCIETY, *Risk*, pp. 112-114. Como exemplo do positivismo ingénuo criticado por SHRADER-FRECHETTE, cfr. o clássico STARR, *Social Benefit*, pp. 1232-1238.

174 Entre os juristas, cfr. ALSLEBEN, *Zufall*, pp. 105-106, na senda de economistas como KARTEN, *Problem*, pp. 279-299, *maxime* p. 281; e *Unsicherheit*, pp. 16-19.

175 Cfr. HANSSON, *Risk*, s. 2; e HENSSLER, *Risiko*, pp. 234 e 248. Note-se que, a partir do momento em que saímos do campo da lógica matemática, dificuldades da mesma ordem se colocam na determinação da fronteira entre a impossibilidade e a possibilidade. Sobre isso, cfr. *supra* as nn. 107 e 116.

176 A conclusão é de HEILMANN/KARTEN, *Risikopolitik*, pp. 659-665.

Há que ter em conta um último aspecto de mediação humana no risco de seguro: é que, embora este tenha na base um juízo de risco necessariamente prévio ao acto de contratar, entre esse juízo e o risco que efectivamente se encontra coberto pelo seguro temos ainda de contar com o efeito das estipulações das partes. Porque o risco seguro é contratualmente estipulado, sendo, enquanto tal, uma construção das partes, embora com uma ligação de base ao juízo de risco que estas terão previamente formulado.

Nas definições de risco de seguro que se encontram na literatura nacional e estrangeira, como nas referências ao risco provenientes de outras áreas do saber, há frequentes referências ao risco como «possibilidade de um evento futuro».¹⁷⁷ Pronunciar-me-ei de seguida sobre a aposição ao termo «evento» do adjectivo «futuro». Antes de mais, todavia, é importante ponderar o carácter potencialmente problemático da utilização do termo «evento» para indicar, de um modo geral, aquilo que se teme quando se fala de risco, dado que, dando-nos embora a ideia de que se trata de algo que acontece, que tem uma existência no mundo dos sentidos, que se trata de algo real, é capaz de ter por referente algo tão indeterminado que não signifique propriamente coisa nenhuma. É, em suma, um termo falaz, porque enganador na sua ostentação de um conteúdo por vezes pouco mais do que meramente ilusório. Prefiro, por conseguinte, referir-me apenas a factos e não a eventos.

Outro tanto se diga do termo «sinistro».¹⁷⁸ Mas com menor gravidade, dado que, quanto a este, a própria etimologia da palavra dá-nos uma primeira indicação de que está em causa um desvalor do acontecimento contemplado, ou pelo menos de alguma ou algumas das suas consequências.¹⁷⁹ Poderá dizer-se que «[o] sinistro corresponde à verificação, total ou parcial, dos factos compreendidos no risco assumido pelo segurador».¹⁸⁰ Os factos, em si mesmo considerados, não têm unidade nem juridicidade. São as pessoas que, ao pensar e

177 Por vezes, nem a referência à possibilidade encontramos, identificando-se simplesmente o risco com o «evento futuro». Neste sentido, FONTAINE, *Assurances*, p. 123. Em Portugal, cfr. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 500 e 526; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 127; e *Elementos*, p. 511. O risco não é um evento. Há, por último, quem faça corresponder o risco, não ao evento, e tão-pouco à sua ocorrência, mas antes às consequências da ocorrência do evento. Neste sentido, NICOLAS, *Risque*, pp. 641-642. Isto também não é risco.

178 Cfr. o art. 99.º LCS.

179 Cfr. a referência ao «risco de um sinistro» no *Anteprojecto* de MENEZES CORDEIRO (art. 1.º).

180 MENEZES CORDEIRO, *Anteprojecto*, art. 67.º/1. Cfr. ainda o seu *Comercial*, p. 816. A pp. 725 e 772, o autor refere-se ao risco como «o dano eventual» ou como «o evento futuro e incerto», mas só posso acompanhá-lo na definição que cito no texto.

descrever esses factos, os individualizam no seio da realidade complexa em que se inserem e lhes atribuem relevância jurídica, transformando-os em sinistros, com a celebração de um contrato de seguro. O sinistro – quando acontecer – será assim um facto jurídico, um «evento» que o direito considera relevante e a que, por isso, associa determinados efeitos. É a realidade apta a, integrando uma previsão normativa, desencadear a sua estatuição.¹⁸¹ O risco tem uma existência prévia e exterior ao contrato de seguro. O facto também o precede, mas apenas na medida em que a sua individualização pelo sujeito do juízo de risco é necessariamente prévia à decisão de subscrever o seguro. Já o sinistro é criado pelo próprio contrato de seguro. É o contrato que transforma o facto em sinistro.¹⁸²

Encontramos um bom exemplo disso nos numerosos processos judiciais que tiveram lugar nos EUA na sequência do 11 de Setembro. Uma das questões que então mais se discutiram foi a de saber se, de acordo com a definição constante de cada contrato, os factos ocorridos nessa data consubstanciavam um único sinistro – a execução de um projecto de atentado terrorista – ou dois sinistros – a destruição de duas torres por dois aviões. As decisões multiplicaram-se em ambos os sentidos nos tribunais dos EUA.¹⁸³ É claro que esta discussão só tem sentido por referência ao texto de um contrato, e não em abstracto. Não pode tornear-se a indeterminação inerente ao conceito de sinistro, no plano abstracto, porque é vasto o universo do seguro. Mas utilizar-se-á esse termo com o alerta de que se trata de algo construído, no sentido de que, embora referindo-se a factos que podem tornar-se realidade, foram «artificialmente» individualizados pelo pensamento do homem – o sujeito do juízo de risco – que os verteu num contrato de seguro.

181 Sobre o conceito de facto jurídico, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp.441-442 e 443.

182 Sobre o tema, veja-se DONATI, *Trattato II*, p. 121. O autor distingue entre a possibilidade de ocorrência de um dado facto, que corresponde ao risco, e a realização desse mesmo facto, que corresponde ao sinistro. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 134, afirmava que «há sinistro apenas quando se realiza o risco previsto no contrato». Entendia poder dizer-se que «não há sinistro quando não há indemnização». Em várias apólices uniformes, sinistro é o «evento ou série de eventos resultantes de uma mesma causa susceptível de fazer funcionar as garantias do contrato». Cfr. ainda CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 565, que distinguia os conceitos material e jurídico de sinistro. Cfr. o *Anteprojecto* de MENEZES CORDEIRO (art. 2.º). Nesse preceito se afirma que o sinistro «decorre» da verificação do dano, nos seguros de danos, e que o sinistro «deriva» de acidente pessoal, doença ou morte, nos seguros de pessoas. Não vejo como poderá conceber-se esta relação de consequência.

183 Vejam-se BAKER, *ILP*, pp. 35-42; SCHUERMANS, *Une Tour*, pp. 831-850; e FONTAINE, *Assurances*, p. 346 n. 24 e p. 384 n. 8.

Neste contexto, é importante determo-nos ainda na noção de «cobertura do risco», conceito utilizado em mais de um sentido na actividade seguradora, mas que podemos definir como o universo de factos possíveis previstos no contrato de seguro, cuja verificação determinará a realização da prestação por parte do segurador (cobertura-objecto)¹⁸⁴ ou como o estado de vinculação do segurador, durante todo o período do seguro, conducente à constituição de uma obrigação de prestar em caso de ocorrência de um desses factos (cobertura-garantia).¹⁸⁵ Chamamos «sinistro», precisamente, à verificação de um desses factos previstos no contrato de seguro, que compõem a chamada cobertura-objecto, e cuja verificação determina a obrigação de prestar por parte do segurador.

A delimitação deste universo de factos faz-se normalmente segundo a técnica da definição primária da chamada cobertura de base e da subsequente descrição de sucessivos níveis de «exclusões». Quanto ao conteúdo dessa delimitação, consoante os casos, poderá principiar com uma descrição da pessoa ou coisa em que a delimitação se centra – embora, na verdade, como adiante veremos, a cobertura tenha por objecto determinados interesses sobre coisas ou pessoas seguras, e não as próprias coisas ou pessoas seguras.¹⁸⁶ Nos seguros de pessoas, a delimitação far-se-á, em princípio, por referência às pessoas seguras, e nos seguros de coisas por referência às coisas seguras. No entanto, os seguros de responsabilidade civil poderão delimitar o âmbito da cobertura a

184 RUI ANDRADE, *Vocabulário*, p. 30.

185 Cfr. VELOSO, *Risco*, p. 316. Cfr. pp. 316-319. O autor centra a sua definição no efeito jurídico do contrato em caso de ocorrência do sinistro, mas como adiante melhor se verá, o efeito jurídico a que chamamos «cobertura» produz-se durante todo o período do seguro.

186 Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 49 pp. 487-488 mm. 8-14. WERBER/WINTER, *Grundzüge*, pp. 42-45, distinguem a delimitação positiva e negativa do risco, e dentro desta última, as «exclusões objectivas», como por exemplo a guerra ou um terramoto, e as «subjectivas», como por exemplo o sinistro deliberadamente provocado, *v.g.*, por vezes, o suicídio. Cfr. ainda WINTER, *Risikobeschreibungen*, pp. 1203-1206. ROMANO MARTINEZ, *CCG*, pp. 241-261; *Apontamentos*, pp. 94-96; e *Relatório*, pp. 60-64, nota que, em princípio, estas «exclusões» não são cláusulas de exclusão da responsabilidade, mas regras que definem o âmbito de cobertura do seguro. No limite, poderão ser inadmissíveis, por desvirtuarem o objecto do contrato. Dispunha o art. 9.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, e dispõe actualmente o art. 45.º/1 LCS, que as condições do seguro não podem modificar a natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado. Certamente por lapso, este preceito não se inclui entre as disposições de natureza «absoluta» ou «relativamente imperativas» (arts. 12.º e 13.º LCS). Talvez se lhe referisse a menção, que tão-pouco se percebe, no art. 13.º/1 LCS, ao art. 46.º LCS. Cfr. ainda o art. 7.º LCCG: as condições gerais e especiais não prevalecem sobre as cláusulas especialmente acordadas. Pensemos no seguinte exemplo: seguro de responsabilidade civil geral celebrado com uma empresa de construção civil, actividade declarada na proposta e constante das condições particulares, e de cujas condições gerais consta uma exclusão da responsabilidade decorrente da actividade de construção civil. Cfr., sobre isto, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 77-78.

partir de uma pessoa (*v.g.* responsabilidade civil geral) ou de uma coisa (*v.g.* um automóvel). Mas essa delimitação não fica por aí. Após a fixação da pessoa ou da coisa que servirá de ponto de referência ao seguro, bem como dos interesses que se cobrem, outros níveis de delimitação se seguem. Mesmo nos chamados seguros contra todos os riscos, que não são, verdadeiramente, contra *todos os riscos*, no sentido de todos os riscos susceptíveis de afectarem uma pessoa ou o seu património.¹⁸⁷ Nos demais, poderão delimitar-se as possíveis causas de um dano. Poderão ainda descrever-se as circunstâncias em que poderá ocorrer um dano (*v.g.* a actividade profissional desenvolvida pelo segurado ou a sua deslocação em viagem). Poderá descrever-se o próprio dano (*v.g.* destruição total ou mera deterioração da coisa). E por aí em diante.¹⁸⁸

Também é habitual delimitar-se o âmbito espaço-temporal do seguro.¹⁸⁹ Muitos contratos de seguro contêm cláusulas que restringem os riscos cobertos a uma determinada área geográfica, enquanto outros se aplicam «em todo o mundo».¹⁹⁰ De notar, ainda, a importância do «local em que o risco se situa» para efeitos de determinação

187 Sobre a distinção entre os seguros *all-risks* e os seguros *named perils*, veja-se HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, p. 193. Os primeiros cobrem todos os riscos que não sejam objecto de uma exclusão. Os segundos cobrem apenas as causas especificadas no contrato. A principal diferença entre ambas as modalidades é de ónus da prova. Exemplos: o seguro marítimo é normalmente *all-risks* e o seguro de incêndio em geral *named perils*. Cfr. J. M. BRITO, *Seguro Marítimo*, pp. 88-95. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 49 p. 488 m. 14, também acentua a circunstância de a técnica de delimitação dos riscos seguros atribuir o ónus da prova, sucessivamente, ao tomador, ao segurador ou novamente ao tomador, ou vice-versa, consoante se trate da cobertura de base, das exclusões ou do que chama as «contra-exclusões». LEITE DE CAMPOS, *JRC*, p. 23, defende a impossibilidade do seguro contra todos os riscos, no sentido de todos os riscos susceptíveis de afectarem o homem ou o seu património, porque não permitiria o cálculo matemático do risco e porque faria impender sobre o tomador um encargo difícil de suportar. Entende ser absurdo «um seguro que, no seu extremo limite, preservaria todos os homens, fosse contra os desgostos da vida, fosse contra as fraquezas do espírito e as debilidades do corpo». Esta ideia coloca problemas jusfilosóficos interessantes sobre o sentido e o fim do seguro que não me apresso a pôr de parte com tamanha convicção. EWALD, *L'État Providence*, pp. 225-227 e 342-405; e *Insurance and Risk*, pp. 197-210, concebe o funcionamento do seguro, e o princípio, que lhe subjaz, do domínio do acaso através da lei dos grandes números, como o núcleo real da sociedade moderna. Cfr. *infra* o texto junto à n. 730.

188 A individualização e delimitação do risco seguro de acordo com diferentes critérios foi detalhadamente descrita e analisada por DONATI, *Trattato II*, pp. 144-181. Entre nós, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 92; e *Contratos Comerciais*, p. 75. Não deverá, contudo, olvidar-se que, em última análise, todo o risco de seguro é, em todos os casos, «a probabilidade de uma perda patrimonial». BOSELLI, *Alea*, p. 470.

189 URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 754, diz que o risco seguro é o risco individualizado em cada caso através de «um conjunto de circunstâncias de tempo, lugar e causa do dano».

190 Esta expressão é habitualmente isenta de dúvidas, mas poderá colocar-se a questão, actualmente de escasso ou nenhum interesse prático, de saber se a mesma tem o significado de determinar que a cobertura é (apenas) extensiva a qualquer local existente à face da terra, se a referência ao «mundo» extravasa o âmbito do planeta que habitamos, ou ainda se se pretende com ela indicar que a cobertura não está sujeita a qualquer limite geográfico.

da lei que regula cada contrato de seguro.¹⁹¹ Igualmente, todo o risco coberto num contrato de seguro é temporalmente delimitado, desde logo porque todo o contrato de seguro tem um período de vigência, ainda que este não seja à partida definitivamente conhecido, como acontece com os que são celebrados «por um ano e seguintes» ou mesmo sem duração determinada, mas sobretudo porque em todo o contrato de seguro se define o chamado «período do seguro», que é o período em que vigoram as coberturas, que pode ou não coincidir com o período de vigência do contrato.¹⁹² Assim se vê que uma coisa é o risco que identificamos num juízo de risco e outra, bem diferente, o risco que cristalizamos no texto de um contrato como risco seguro.

Regressando ao contrato de seguro e, mais especificamente, à questão de saber o que poderá querer dizer-se com as afirmações de que o risco deve ser «real», visto que não se lhe pode exigir que exista no mundo lá fora, e tão-pouco que seja o resultado de um juízo «objectivo», é de ponderar a hipótese de, com essas afirmações, se pretender afinal exigir que o risco não seja demasiado remoto. Mas no direito nacional vigente, não temos justificação para restringir dessa forma a segurabilidade de um risco. Sendo afirmativo o

191 Art. 2.º/1/h) RGES. Cfr. ainda o art. 8.º/2 a 4 LCS.

192 Cfr. *infra* o texto junto à n. 248. Cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 231-235 e 294-297. A nossa lei estabelece a regra supletiva da anualidade do período de vigência dos contratos de seguro (art. 40.º LCS). Contudo, acrescenta que, salvo convenção em contrário, o contrato de seguro celebrado pelo período inicial de um ano se prorroga sucessivamente, por novos períodos de um ano (art. 41.º/1 LCS). Semelhante prorrogação automática não se estabelece para os contratos inicialmente celebrados por um período de vigência superior ou inferior ao ano (art. 41.º/2 LCS). A lei esclarece ainda que, em caso de prorrogação, o contrato se considera como único (art. 41.º/3 LCS). No direito inglês, distingue-se entre a renovação do contrato (*renewal*) e o seu prolongamento (*continuation*). Cfr. CLARKE, *Policies*, p. 93. Na generalidade das classes de seguro, os contratos podem renovar-se, no final dos respectivos períodos de vigência, se ambas as partes assim o entenderem e tomarem medidas nesse sentido, designadamente, o pagamento de um novo prémio pelo tomador. Nesse caso, o seguro renovado é tratado como um novo contrato. Nos seguros de vida, pelo contrário, é normalmente reconhecido aos tomadores o direito de prolongar os efeitos do contrato, pagando o respectivo prémio, indefinidamente ou durante um determinado período de tempo, mantendo-se as restantes condições inalteradas. Nesse caso, o seguro é tratado como um contrato único. Note-se que, no direito inglês, diferentemente do que se passa nos sistemas de matriz romano-germânica, em caso de agravamento do risco, não se reconhece ao segurador a faculdade de modificação ou resolução do contrato (cfr. pp. 161-166). Os principais precedentes de onde se retira esta regra são: *Kausar v Eagle Star Insurance Co. Ltd.* (1997); e *The Star Sea* (2003). Cfr. *infra* n. 1204. Ora, no direito inglês, o segurador pode recusar a renovação do contrato mas não o seu prolongamento (cfr. pp. 175-176). Como tal, assume especial importância, nesse sistema jurídico, a distinção entre ambos os mecanismos. Note-se, contudo, que os seguradores podem precaver-se contra esta eventualidade, introduzindo no contrato as chamadas *continuing warranties*: declarações que deverão ser e permanecer verdadeiras durante toda a vigência do contrato. Sobre estas, cfr. os comentários críticos de MERKIN/LOWRY, *Reconstructing*, pp. 107-113, que, no contexto da actual revisão em curso do direito dos seguros inglês e escocês, defendem a sua eliminação. Para as consequências de uma eventual alteração do risco, cfr., entre nós, os arts. 91.º a 94.º LCS.

sentido de um juízo risco, ainda que muitíssimo remoto, e tendo o contrato sido celebrado, não há fundamento para lhe negarmos a qualificação de seguro, ou de o considerarmos inválido ou ineficaz, unicamente com base no argumento da natureza excessivamente remota do risco.¹⁹³ Coisa diversa seria negarmos a qualificação de seguro a um contrato de cujo texto se depreendesse que as partes não trataram o risco com seriedade mas antes, por hipótese, como um simples pretexto formal para a fixação de uma atribuição materialmente gratuita.¹⁹⁴ Só neste sentido poderemos exigir do risco que este seja real: no sentido de que o juízo de risco deve ser verdadeiro e não meramente simulado. Se a «simulação» for aparente, o contrato não poderá sequer qualificar-se como um seguro; se for velada, tratar-se-á de um seguro nulo.¹⁹⁵

2.2.3. Percepção: falta de informação

Se é certo que não existe percepção do risco, e portanto que não existe risco, sem um mínimo de informação, também podemos dizer que a incerteza que lhe é própria advém da insuficiência dessa mesma informação, porque a ideia de possibilidade pressupõe o nosso desconhecimento sobre qual dos resultados contemplados irá verificar-se.¹⁹⁶

«Sempre que há um risco, tem de existir algo desconhecido, ou com um resultado desconhecido. Por conseguinte, o conhecimento sobre o risco é conhecimento sobre a falta de conhecimento. Esta combinação do conhecimento e da sua falta contribui para tornar complicadas as questões de risco, de um ponto de vista epistemológico.»¹⁹⁷

193 Neste sentido, KULLMANN, *Contrat d'Assurance*, p. 928; e KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 68 p. 655 m. 5. Cfr. os exemplos dados *supra* n. 107 e o texto junto à n. 117.

194 Poderíamos ainda concluir que um dado contrato é ilícito por uma série de razões, designadamente, por corresponder a uma forma velada de branqueamento de capitais.

195 Por aplicação do disposto nos arts. 43.º/1 e 44.º/1 LCS. Não uso aqui o termo «simulação» no sentido jurídico que este assume nos arts. 240.º a 243.º CC. Falo em simulação de um juízo de risco e não em simulação do negócio jurídico.

196 KEYNES, *Treatise*, pp. 3-4 e 6-7, afirmava que a possibilidade, como a certeza, não são qualidades das proposições, mas das proposições na sua relação com a (falta de) informação ao nosso dispor: «descrevem os graus de convicção racional sobre uma proposição que vários níveis de conhecimento nos autorizam a ter». «Todas as proposições são verdadeiras ou falsas, mas o conhecimento que temos delas depende das nossas circunstâncias; e se bem que seja muitas vezes conveniente falar de proposições como certas ou prováveis, isto é a expressão estrita da sua relação com um corpo de conhecimento, real ou hipotético, e não uma característica das próprias proposições.» (pp. 3-4). O autor notava que a relação da proposição com a informação na qual ela se baseia – o seu ponto de partida – se encontra normalmente apenas implícita, nas afirmações sobre a sua probabilidade.

197 HANSSON, *Risk*, s. 2. Mesmo no domínio do direito dos seguros encontramos quem o afirme. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 70, salientava que os conceitos de possibilidade e de probabilidade «se

Já se disse que, para alguns autores, só pode falar-se em risco se o resultado negativamente valorado puder ser de algum modo evitado ou minimizado, em si mesmo ou nas suas consequências, pela acção do sujeito em causa, o que pressupõe uma tomada de decisão.¹⁹⁸ Na matéria de que me ocupo, essa decisão referir-se-á, entre outras possíveis medidas, à própria contratação do seguro: este é então visto, numa óptica de gestão do risco, como o objecto de uma decisão a tomar em face da insuficiência da informação ao dispor do sujeito do juízo de risco.¹⁹⁹

Essa falta de informação pode ser de diversa espécie. Vimos que, do ponto de vista epistemológico, não há unanimidade quanto à natureza da falta de informação que subjaz ao risco, não estando definitivamente estabelecido ou afastado, mas apenas posto em causa, que possamos distinguir entre ignorância necessária e ignorância contingente. Contudo, resulta igualmente do que vimos que, para a análise do processo de tomada de uma decisão, ou para essa mesma tomada de decisão, não temos de determinar, de uma vez por todas, se o mundo é obra do acaso e, por conseguinte, se a falta de informação em causa é absolutamente permanente e intrínseca à natureza humana, se se deve apenas à insuficiência do estágio de desenvolvimento actual da nossa ciência, ou se ao desconhecimento individual do sujeito do juízo de risco. Para o recurso às leis da probabilidade basta que a falta de informação exista e se traduza em incerteza – no sentido atrás referido de que o sujeito do juízo de risco encara a realidade sobre que incide esse juízo como incerta.²⁰⁰

No domínio dos seguros, o risco existe, e poder-se-ia até dizer que existe objectivamente, num certo sentido, como algo mais do que uma percepção psicológica sem suporte nos factos em que se baseia, se e apenas se, com a informação ao dispor das partes no momento da contratação, a conclusão que todos razoavelmente retiraríamos é a de que se

fundam na limitação do conhecimento humano».

198 KARTEN, *Unsicherheit*, pp. 23-25, afirma que uma das definições possíveis do conceito de risco é a proposta por WALDEMAR WHITTMANN, de perigo de uma má decisão (*Gefahr einer Fehlentscheidung*).

199 Esta perspectiva do seguro como o resultado de uma decisão é analisada por KARTEN, *Problem*, pp. 279-299.

200 LOOSCHELDERS, *Zufall*, p. 530. Cfr. ainda a perspectiva, algo distinta, de KEYNES, *Treatise*, pp. 3-4. Depois das afirmações já citadas (*supra* n. 196), o autor acrescentava que, na medida em que a probabilidade reflecte a relação das proposições com a informação ao nosso dispor, poderia ser qualificada como subjectiva, com a ressalva de que as proposições não são ou deixam de ser prováveis simplesmente porque assim pensamos: a partir do momento em que determinamos qual a informação ao nosso dispor, a conclusão sobre a probabilidade das proposições, nestas circunstâncias, poderia fixar-se objectivamente, de forma independente da nossa opinião.

prevê como mera possibilidade a ocorrência de um determinado resultado com impacto na esfera do segurado. Contudo, a verdade é que o reconhecimento da presença de elementos de subjectividade em toda a avaliação do risco não chega a constituir um problema, na medida em que se reconhecer também que a objectividade no juízo de risco, o que quer que ela seja, não é condição *sine qua non* da qualificação de um contrato como um seguro. No nosso ordenamento, não é sequer condição de admissibilidade de um contrato, não influenciando na sua validade ou eficácia.

Essa conclusão retira-se, em parte, do que a própria lei dispõe sobre o juízo de risco. Num primeiro momento, cria na esfera de todo o candidato a tomador do seguro – bem como na do terceiro-segurado – o ónus de partilhar com o segurador toda a informação ao seu dispor sobre as circunstâncias relevantes para esse juízo de risco. Esta regra visa proporcionar ao segurador os meios necessários à medição do risco, mas também permitir-lhe aferir, por si próprio, da sua «existência».²⁰¹ Nessa sede, em lado nenhum se

201 Cfr. o disposto nos arts. 24.º e 188.º LCS. Sobre a declaração do risco, *i.e.* da transmissão, ao segurador, do que o tomador conhece sobre o risco que pretende segurar, por forma a que o segurador possa avaliar correctamente o risco, veja-se, entre nós, ainda sobre o regime anterior, JÚLIO GOMES, *Dever de Informação*, pp. 73-113. NORTH, *Examination*, pp. 278-296, examina as diferenças entre os sistemas inglês e continental de declaração do risco, contrastando a figura do ónus de declaração do risco, de inspiração marcadamente germânica, com as *warranties as to past or present fact* – declarações relativas a certas características do risco cuja veracidade – independentemente do conhecimento do declarante – condiciona a própria existência da cobertura. Cfr. ainda as análises comparativas de CLARKE, *Policies*, pp. 98-128; e de FONTAINE, *Assurances*, pp. 167-169 e 180. Há sistemas, como o americano e o canadiano, que eliminaram, na prática, todas as consequências da incorrecção ou insuficiência da informação prestada pelo tomador, limitando-se, e por vezes nem isso, a facultar ao segurador o direito de resolver o contrato em caso de ocultação deliberada de informação – facto que àquele caberá, naturalmente, provar. Sobre o alcance da cláusula de incontestabilidade nos seguros de vida, nestes sistemas, cfr. BAKER, *ILP*, pp. 219-229. Cfr. o parecer judicial do Juiz Cardozo em *Metropolitan Life Insurance Co. v Conway* (1930). A imposição legal de uma cláusula de incontestabilidade determina, na prática, a caducidade, passado determinado período, em geral de dois anos, de todas as defesas fundadas na invalidade do contrato. *Ratio*: os aspectos que o segurador considera importantes deverão ser por este devidamente investigados. Entre nós, com o seu conteúdo mínimo obrigatório, esta cláusula limita o seu alcance à defesa da anulabilidade do contrato com base em omissões ou inexactidões negligentes, e não se aplica às coberturas complementares de acidente e invalidez (art. 188.º/1 e 2 LCS). Mas esse conteúdo pode alargar-se, por acordo das partes (arts. 13.º/1 e 188.º/2 LCS). Quanto à distribuição dos ónus de recolha da informação relevante, FONTAINE, *Assurances*, pp. 167-169 e 180, contrasta ainda o sistema do questionário, que vigora, por exemplo, em Espanha, em França e na Suíça. Este exige do tomador somente que responda correctamente às questões colocadas pelo segurador. Na Bélgica e na Austrália, diferentemente, impende sobre o tomador (o que os autores designam) uma «obrigação» de declarar exactamente ao segurador todas as circunstâncias por si conhecidas que aquele deva razoavelmente considerar relevantes para a apreciação do risco. E não se equipara às circunstâncias conhecidas aquelas que o tomador devesse razoavelmente conhecer: o tomador só tem o dever de declarar as que efectivamente conhece. Se o segurador desejar conhecer certas circunstâncias que possam não parecer relevantes a um leigo, deverá tomar a iniciativa de as solicitar ao tomador. Na Bélgica exclui-se ainda, expressamente, a validade das *warranties as to past or present fact*. Em Portugal, o sistema actual é muito próximo do sistema em vigor na Bélgica. O tomador tem o ónus de declarar

fala nas conclusões a que o tomador – ou o terceiro-segurado – deveriam poder chegar, com base na informação ao seu dispor sobre as circunstâncias em que se fundou o seu juízo de risco, falando-se apenas no seu conhecimento efectivo sobre tais circunstâncias.²⁰² Num segundo momento, a lei comina com a nulidade, ou caducidade, consoante se trate de um problema originário ou superveniente, os contratos de seguro relativamente aos quais alguma das partes, ou o terceiro-segurado, conheça a inexistência ou cessação do risco.²⁰³ Nesta sede, interessa determinar se alguma das partes formulou, na realidade, um juízo de inexistência ou cessação do risco, de modo a colocá-la em situação de má fé psicológica, e não avaliar a informação ao seu dispor para formular semelhante juízo. Ainda que assim não fosse, a consequência da falta de risco objectivo sempre seria a nulidade ou ineficácia do seguro, mas não a sua descaracterização como contrato de seguro.

Isto para dizer que não é requisito de qualificação de um contrato como um seguro que o risco seguro exista objectivamente, ou sequer que exista subjectivamente, na perspectiva dos sujeitos relevantes, dado que os elementos psicológicos sem reflexos no texto do contrato não podem servir de base à sua qualificação, mas unicamente que as partes façam referência à existência de um risco no texto do contrato, o que, concretizando, significa que o sinistro tenha sido por elas tratado no contrato como algo de incerto,

ao segurador, com exactidão, «todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador» (art. 24.º/1 LCS). Afastou-se, de forma expressa, o sistema do questionário (art. 24.º/2 LCS). O ónus que impende sobre o tomador sofre algumas atenuações (art. 24.º/3 LCS). É importante notar que este ónus se estende ao segurado, se for pessoa distinta do tomador (art. 24.º/1 LCS). Cfr. ainda o disposto nos arts. 25.º e 26.º LCS. O nosso regime não se afasta muito do que resulta dos arts. 2:101 a 2:105 PEICL. Não cabe no âmbito deste estudo a análise destas como de várias outras importantes questões, entre nós ainda muito por explorar, que se colocam a propósito da declaração do risco no direito contratual dos seguros.

202 Cfr. o disposto no art. 24.º/1 LCS. O ónus que impende sobre o tomador, bem como sobre o terceiro-segurado, diz respeito à informação por eles conhecida e não à que devessem conhecer. A razoabilidade a que faz referência este preceito legal diz respeito, unicamente, ao juízo sobre a relevância da informação ao seu dispor. Cfr. RÜHL, *Single European Market*, pp. 879-910, *maxime* pp. 889-900. A autora trata, numa perspectiva comparatística, a questão da (ir)relevância do desconhecimento negligente em Inglaterra e na Alemanha. A isto acresce que se permite a cobertura de riscos relativos a eventos anteriores à data de celebração do contrato. Cfr. o disposto nos arts. 42.º/2 e 44.º/2 LCS. A possibilidade de cobertura do que usa chamar-se «riscos putativos» contempla, naturalmente, os casos em que o juízo de risco se formula com base num desconhecimento individual a que, em abstracto, poderiam muitas vezes contrapor-se conhecimentos contemporâneos de outros sujeitos, que não as partes, que lhes teriam permitido concluir pela certeza ou pela impossibilidade de ocorrência do sinistro. Sobre a segurabilidade dos riscos putativos, cfr. *infra* o texto a partir da n. 236.

203 Cfr. o disposto no art. 44.º/1 e 110.º LCS. O primeiro preceito é mais claro do que o segundo no que respeita ao conhecimento. Mas é evidente que, se na origem de um dado contrato o que releva é o conhecimento de certos sujeitos, na sua vigência os mesmos pressupostos deverão manter-se.

como algo sobre cujo desenvolvimento há uma insuficiente informação. Para que o contrato seja válido, será ainda necessário que a referência ao risco seja o resultado de um juízo de risco positivo, ou seja, que o que no contrato aparece como um risco seja por elas avaliado – e pelo terceiro-segurado – como um risco. Como vimos, a existência de um risco objectivo, o que quer que isso seja, não é requisito, nem de qualificação, nem de validade ou eficácia de um contrato de seguro.

Regressemos à falta de informação, para sublinhar que, no contexto da actividade seguradora, esta é de diversa ordem. Do lado de quem procura o seguro, desnecessário se mostra explicar que ninguém é omnisciente, ou elaborar sobre as causas que poderão levar um dado sujeito à ignorância de determinados factos que não lhe são de todo indiferentes. Do lado de quem oferece o seguro, interessar-nos-á compreender um pouco melhor a natureza das limitações da técnica.

Na actividade de identificação e avaliação dos riscos, os seguradores não escapam às limitações a que acima se fez referência, decorrentes da inevitabilidade da mediação humana e da consequente subjectividade de todo o juízo de risco. Em jeito de ilustração: para avaliar o risco de morte de um candidato a pessoa segura, num seguro de vida, o segurador fará uso das tábuas de mortalidade ao seu dispor.²⁰⁴ Também analisará os dados fornecidos pela própria pessoa segura, ou por outrem sobre a pessoa segura. Muitas vezes, as informações prestadas passam pelo preenchimento de um questionário. Na preparação desse questionário, o segurador seleccionou alguns critérios que considerou mais relevantes, mas muitos outros haveria que poderiam contribuir para calcular, com maior precisão, o grau de risco daquele indivíduo. Pergunta-se normalmente se é fumador, até porque a resposta a essa questão pode ser dada com um simples sim ou não, mas talvez fosse mais relevante, nalguns casos, conhecer o seu grau de distração do que os seus hábitos de consumo do tabaco, na medida em que aquele indivíduo em concreto, enquanto transeunte, poderá ser especialmente atreito a atropelamentos. Claro que a resposta a essa questão não seria tão evidente. As opções

204 Uma tábua de mortalidade é um gráfico, construído com base em dados estatísticos, que mostra a probabilidade de morte e de sobrevivência, ou seja de longevidade, dos membros de um dado colectivo, em cada ano de idade, no seu conjunto ou por categorias, tais como o género. Cfr. v. FÜRSTENWERTH/WEISS, *V4*, p. 608. A primeira tábua de mortalidade foi elaborada em 1693 pelo astrónomo inglês EDMOND HALLEY. A sua elaboração está na base do desenvolvimento da ciência actuarial, que tornou possível o florescimento da indústria seguradora do ramo vida. Cfr. HAX, *Wesen*, p. 37.

multiplicam-se a cada passo: na lista de doenças preexistentes, quais incluir e quais excluir do questionário? E por aí adiante.

A estes acrescem, naturalmente, os problemas relacionados com a viabilidade económica da actividade: só fará sentido indagar até certo ponto acerca da natureza do risco individual de cada candidato a segurado.²⁰⁵

Estando a espécie humana muito longe de atingir neste domínio a perfeição, já o afinamento dos critérios de avaliação do risco lhe coloca sérios problemas, designadamente, de moralidade e de justiça distributiva, mesmo quando esse afinamento se encontraria ao alcance da técnica.²⁰⁶ Esta ordem de ideias está na origem dos limites a este género de indagações, originários, por vezes, do próprio ordenamento jurídico.²⁰⁷

205 O que leva os seguradores a optarem muitas vezes pela avaliação colectiva do risco de uma dada comunidade de segurados. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 265.

206 A prática da excessiva segmentação do mercado denomina-se *cherry picking*. CLARKE, *Policies*, p. 42, dá o exemplo de um seguro de incêndio cujo prémio varie em função do código postal. Uma eventual consequência nefasta desta prática é a criação de obstáculos de natureza financeira à obtenção do seguro em certas zonas geográficas, sinalizadas pelos seguradores como mais arriscadas, zonas essas que normalmente correspondem às que são habitadas pelas camadas mais desfavorecidas da população.

207 Exemplo de semelhante restrição legal é a proibição do recurso a testes genéticos, entre outras circunstâncias, no contexto específico da contratação de seguros de vida e de saúde, determinada no art. 12.º da Lei n.º 12/2005. Cfr. BINON, *Chroniques*, n.ºs 43-48. FONTAINE, *Assurances*, p. 171, contesta regra semelhante de direito belga, sustentando que introduz uma discriminação dificilmente justificável em detrimento das pessoas que sofram de problemas de natureza não genética. Nos últimos anos tem havido vivos debates no panorama europeu sobre a admissibilidade da segmentação do risco por categorias, que resultam na diferenciação de tratamento, designadamente, em função do género, da idade, mesmo do estado de saúde. A circunstância de as estatísticas revelarem que as mulheres morrem em média mais tarde do que os homens justifica uma diferenciação do tratamento em função do género? E o facto de certas pessoas terem o infortúnio de desenvolver certas doenças legitima a sua penalização nos prémios de seguro? Nalguns países esta prática já fora proibida sem que essa proibição tivesse afectado significativamente a viabilidade do mercado. Sobre a situação no Reino Unido, cfr. KAST/LAPIED, *Future*, p. 92 (proibição de discriminação em função do género, religião e raça). No termo de negociações difíceis, chegou-se a uma solução de compromisso, na Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro. Veja-se o Considerando 18: «A utilização de factores actuariais em função do sexo é generalizada na prestação de serviços de seguros e outros serviços financeiros. Por conseguinte, para garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a consideração do sexo enquanto factor actuarial não deve resultar numa diferenciação nos prémios e benefícios individuais.» A regra foi, no entanto, significativamente atenuada (cfr. o Considerando 19 e o art. 5.º). Cfr. os n.ºs art. 6.º da Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, que a transpõe, bem como o princípio geral que agora consta do art. 15.º/1 LCS (cfr. ainda a ressalva do n.º 9). Cfr. ainda a Norma n.º 8/2008-R, de 6 de Agosto. No que respeita à discriminação com base em informação genética, cfr. a análise de HELENA PEREIRA DE MELO na monografia *Genoma Humano*. A autora parte da constatação de que a sequenciação do genoma humano permite um melhor conhecimento da constituição genética do ser humano para a análise da questão de saber em que medida esse melhor conhecimento conduzirá ao aparecimento de novas formas de discriminação. A sua análise conduz a autora a uma proposta de abandono do paradigma igualitário e da sua substituição por um «paradigma de igualdade para a diferença». CHANDLER, *Adverse Selection*, pp. 435-503, *maxime* pp. 497-503, relata as conclusões de um estudo de análise económica

Mas há ainda outros factores a contribuir para a dificuldade de avaliação do risco. No domínio dos seguros, a subjectividade não está apenas do lado de quem avalia o risco, por conta do segurador, estando o factor humano muito presente, como não podia deixar de ser, do lado de quem procura o seguro. A este propósito, os economistas falam no fenómeno da *selecção adversa*, ou seja, na tendência de as pessoas que mais procuram segurar-se serem mais atreitas a riscos do que a média da população em geral, o que provoca, designadamente, que a tábua de mortalidade relativa a uma dada população

do direito, segundo as quais, vedando-se aos seguradores o recurso a certas discriminações, pode conduzir-se a sociedade numa espiral de selecção adversa, com a consequência de encarecimento substancial dos seguros para todos os seus membros. FONTAINE, *Assurances*, pp. 189-193, refere o exemplo belga da Lei de 25.02.2003 (luta contra a discriminação). Nota que as exigências técnicas da avaliação do risco estão no cerne da discussão sobre a aplicação deste diploma à actividade seguradora. Sempre que uma segmentação exagerada do risco cria problemas sociais – impossibilidade ou dificuldade de alguns no acesso ao seguro – o legislador pode intervir impondo «solidariedades subsidiantes»: o financiamento parcial dos maus riscos pelos bons. É o caso da imposição de limites à declaração do risco tais como, precisamente, a proibição da declaração de dados genéticos (cfr. p. 193 n. 237). Por outro lado, se determinados bens ou serviços – designadamente o acesso a cuidados básicos de saúde – são considerados de tal forma essenciais que chocaria deixar a sua efectiva acessibilidade, por cada um de nós, aos caprichos da sorte e do azar, designadamente genético, este é um poderoso argumento a favor da tese de que tais bens ou serviços deveriam ser disponibilizados a todos, em condições de absoluta igualdade, por via dos mecanismos de solidariedade social próprios das comunidades organizadas, que permitem o cálculo dos riscos suportados pelos elementos de uma dada comunidade e a divisão por todos do respectivo custo segundo critérios de justiça distributiva não baseados no risco individualmente suportado por cada um desses elementos, deixando ao mercado a oferta, em condições determinadas pelos tradicionais métodos actuariais, dos produtos adicionais para os quais haja procura. Neste sentido, DWORKIN, *Sovereign Virtue*, pp. 435-436. Cfr. ainda STEELE, *Risks*, pp. 143-153; e MAYAUX, *Assurabilité*, pp. 70-73. Este último autor observa como o direito ignora normalmente a noção de segurabilidade, ou então apropria-se dela impondo-lhe os seus próprios limites, designadamente por razões de ordem pública, consistindo assim num obstáculo à segurabilidade. Mas por vezes a intervenção do direito pode consistir, em si mesma, num factor de segurabilidade, designadamente (i) intervindo na actividade de selecção dos riscos ou (ii) tornando obrigatórias certas garantias. Quanto a (i): a proibição do acesso aos dados genéticos das pessoas seguras; os incentivos à cobertura de certos riscos agravados de saúde, como por exemplo o estabelecimento de isenções fiscais para os contratos de seguro ditos «solidários» – sem selecção de riscos. Quanto a (ii): seguros obrigatórios e também coberturas obrigatórias em seguros facultativos. Crítica: aquilo a que se chama a equidade actuarial, ou seja, o princípio segundo o qual cada risco, individualmente considerado, deve ser pago ao seu justo preço, tem muito que se lhe diga. Designadamente, uma excessiva segmentação dos riscos gera um decréscimo global dos riscos economicamente seguráveis, pela progressiva separação entre os bons e os maus riscos, com consequências nefastas para a economia e para a sociedade em geral. Dá o exemplo do seguro de responsabilidade civil profissional dos médicos. A excessiva segmentação dos riscos segundo as especialidades médicas encarece significativamente o seguro de algumas especialidades, podendo chegar a torná-la proibitiva. Faz sentido que haja alguma intervenção legal no sentido de redistribuir os encargos com este seguro por toda a população médica, independentemente da especialidade. O mesmo poderá dizer-se acerca do seguro de saúde. Quanto ao estabelecimento de seguros obrigatórios ou de coberturas obrigatórias, haverá que ter algum cuidado, para não se atingir um resultado oposto àquele a que se procura chegar, como foi o caso, na Bélgica, da retirada preventiva do mercado de um número significativo de seguradores na sequência da entrada em vigor da Lei de 04.03.2002 (sobre os direitos dos doentes). Cfr. *infra* n. 287.

possa ser demasiado optimista se a aplicarmos, sem mais, ao total de pessoas que celebram seguros de vida.²⁰⁸

A selecção adversa respeita ao momento inicial da contratação de um seguro. Mas alguns fenómenos psicológicos que contribuem para a dificuldade da aferição do risco actuam em momento posterior ao da contratação. Refiro-me ao chamado «risco moral».²⁰⁹ O conceito de risco moral também nos vem da economia. Foi desenvolvido pela ciência económica anglo-americana, que distingue, no domínio dos seguros, entre os conceitos de *risk* e de *hazard*.²¹⁰ O *hazard* seria uma condição susceptível de criar ou de aumentar a probabilidade ou extensão de um dano. No campo do jurídico, esta ideia encontra-se em certa medida presente, designadamente, na distinção entre o risco propriamente dito, aquilo que se chamou uma situação de risco, que corresponderia aos conceitos alemães de *Gefahrzustand* ou de *Gefahrlage*, e aquilo a que se chamou as circunstâncias de risco, que encontraria como seu correspondente germânico o conceito de *Gefahrsumstände*.²¹¹ Julgo que poderemos traduzir *hazard* por circunstâncias de risco, com a seguinte ressalva: os *hazards* são sempre negativamente valorados, e as circunstâncias de risco podem ser positivas ou negativas.

Os *hazards* correspondem, normalmente, ao que se chama *physical hazards* – por exemplo, o facto de o edifício seguro se situar numa zona propensa a cheias; de o veículo seguro ter os travões em mau estado; ou a superveniência de uma doença grave que aumente a

208 Cfr. CHANDLER, *Adverse Selection*, pp. 435-503; ou, mais sumariamente, JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 13; e TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 72. Entre nós, já EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, pp. 36-37, contrapunha as práticas de selecção e de anti-selecção, caracterizando esta última como «a acção indirecta, reflexa ou difusa do homem, resumindo a obra do segurado na lei de capilaridade da apresentação dos riscos na razão inversa da intrínseca bondade das suas condições», e referindo-se à primeira como a oposta tendência da escolha dos melhores riscos por parte da empresa de seguros. Cfr., sobre estas «práticas de anti-selecção», o n.º 29 da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro. O problema da anti-selecção pode ser visto, economicamente, como uma decorrência da assimetria de informação sobre a situação de risco que existe entre o segurador e o tomador. KAST/LAPIED, *Future*, pp. 114-116; e BRINKMANN, *Zulässigkeit*, pp. 11-12. Entre nós, PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, p. 45-47 e 441; e ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 57-58; e *Relatório*, pp. 71 e 96.

209 KAST/LAPIED, *Future*, pp. 114-116, tratam os problemas da anti-selecção e do risco moral como decorrências da assimetria de informação sobre a situação de risco que existe entre o segurador e o tomador. Cfr. ainda ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 57-58; e *Relatório*, pp. 71 e 96. O autor refere a franquia como meio de combate ao risco moral, de molde a evitar a falta de cuidado do segurado após a celebração do contrato.

210 Distingue-os ainda do *peril* – que podemos traduzir como a (potencial) causa do dano. Cfr. *supra* n. 63.

211 DONATI, *Trattato II*, pp. 113 e 182.

probabilidade de morte prematura da pessoa segura. Mas há ainda que ter em conta o chamado *moral hazard*. Não obstante uma certa fluidez no seu significado, no contexto dos seguros, a expressão é normalmente uma referência ao fenómeno de redução dos incentivos económicos à adopção de comportamentos preventivos da ocorrência do sinistro ou à minimização dos seus efeitos negativos que acompanha a celebração e existência de um seguro.²¹²

Os comportamentos visados incluem a pura e simples fraude, mas vão muito para além da fraude. Há quem distinga, de entre todas as atitudes e comportamentos que podem relacionar-se com este fenómeno, o que chamam *morale hazards*, que no entanto não são aceites por todos, nem por todos definidos da mesma forma.²¹³ Estes corresponderiam, na definição maioritária, a alterações mais generalizadas e menos censuráveis de atitude, que passariam por uma diminuição, não necessariamente deliberada ou sequer consciente, do grau de diligência na prevenção do sinistro e minimização dos seus efeitos negativos, a partir do momento em que existe uma cobertura em vigor, por parte do próprio segurado ou de outros sujeitos – designadamente do médico que o trata, e que pode recorrer a tratamentos mais dispendiosos em caso de existência de seguro, ou do juiz, para atribuir ao lesado uma indemnização em montante mais elevado em caso de existência de seguro. Inclui também, para alguns autores, a existência de hábitos prejudiciais, tais como a circunstância de o segurado ser fumador, ou invulgarmente distraído. A ideia essencial desta subdivisão conceptual seria retirar destes factores a carga valorativa negativa própria dos *moral hazards*.²¹⁴ Grande parte das estipulações constantes das condições gerais

212 Se bem que, em boa verdade, as alterações de atitude do segurado e de terceiros em face da contratação de um seguro tanto possam funcionar no sentido negativo como no sentido positivo, como quando alguém que gostaria de incomodar o segurado desiste de lhe danificar o carro depois de saber que este se encontra coberto pelo chamado seguro «contra todos os riscos».

213 *Morale hazards* com «e» no fim. Em português, a tradução continuaria a ser «risco moral», o que não facilita a compreensão da distinção, simplesmente trata-se aqui de «moral» no masculino e já não no feminino.

214 Sobre o fenómeno do *moral hazard*, cfr. VAUGHAN, *Fundamentals*, p. 5; TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 12-13; MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 20-21; e BICKELHAUPT, *General Insurance*, pp. 8-9. Cfr., todavia, as observações críticas de BAKER, *Moral Hazard*, pp. 237-292. O autor traça as origens do conceito, notando que, ao longo dos dois últimos séculos, e consoante as áreas em que foi sendo aplicado, o conceito foi adoptando sentidos algo distintos, nem sempre muito rigorosos. O autor aconselha cautela quanto ao uso por vezes indiscriminado do conteúdo político por vezes subjacente ao conceito, a mensagem de que *less is more*, ou seja, de que com um menor grau de protecção os sujeitos visados serão em princípio mais cuidadosos, pelo que o resultado final será mais satisfatório do que o resultante de um eventual aumento das medidas de protecção.

existentes no mercado de seguros destina-se, mais do que qualquer outra coisa, a contrariar – ou seja, fundamentalmente, a desincentivar – o fenómeno do *moral hazard*.

Isto para dizer que, para além dos desvios relacionados com o próprio acto de contratar um seguro, após a celebração do contrato, a experiência mostra a ocorrência de mudanças de comportamento, tanto no segurado quanto em vários terceiros em posição de influir no montante da prestação a cargo do segurador, que contribuem para dificultar a avaliação concreta do risco. Podemos classificar tais mudanças de comportamento como *ex ante moral hazards* ou como *ex post moral hazards*, consoante respeitem à prevenção da ocorrência do sinistro ou à minimização dos seus efeitos negativos.²¹⁵

Ao que deverá seguir-se a ressalva de que, embora não possamos determinar com grande rigor o risco de cada sujeito em concreto – motivo pelo qual este problema é tratado pela ciência económica como um problema de falta de informação – podemos reunir em muitos casos dados suficientes, mesmo acerca de tais comportamentos, para que o cálculo probabilístico funcione relativamente bem por agregado.²¹⁶ Podemos fazê-lo cada vez mais, e cada vez melhor, dado que vão sendo muito significativos, no domínio da avaliação e gestão de riscos, os avanços das técnicas actuariais e financeiras.

Tendo em consideração tudo o que se disse até este ponto, pense-se agora na questão da suposta necessidade de mensurabilidade do risco seguro.²¹⁷ É certo que um segurador poderá não estar interessado em disponibilizar no mercado um produto que não tenha na sua base um risco medido – mais do que a mensurabilidade, ao segurador interessará normalmente a prévia existência de medições. Isto pressupõe a existência de uma base suficientemente alargada de casos análogos e independentes observados, sem a qual não funcionaria a lei dos grandes números: para serem comparáveis, os casos deverão apresentar suficientes pontos de contacto entre si, o que não carece de ulteriores explicações, e não deverão estar causalmente relacionados uns com os outros, ou seja, não deverão depender da ocorrência uns dos outros ou de um mesmo facto. É por este

215 BAKER, *ILP*, p. 4. Como exemplo do primeiro, o autor faz referência à omissão do segurado que se esquece de trancar a porta do carro, como exemplo do segundo, a sua indiferença quanto aos preços praticados pela garagem que irá consertá-lo.

216 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 265.

217 Paradigmática, no que concerne à visão tradicional da segurabilidade do risco, era a definição de MANES, *VWI*, p. 2 (cit. *supra* n. 91). De notar, a sua referência às «necessidades eventuais *avaliáveis em dinheiro*» (itálico acrescentado).

motivo que a agregabilidade do risco relativo a um elevado número de unidades homogêneas de exposição é muitas vezes referida como um requisito da segurabilidade do risco em manuais de economia dos seguros.²¹⁸ Não se trata, evidentemente, de «segurabilidade» em sentido jurídico.

Daí o carácter problemático dos riscos catastróficos para a indústria seguradora, como se pôde recentemente constatar com os problemas financeiros decorrentes do 11 de Setembro. Com efeito, a natureza não catastrófica da causa do sinistro é também frequentes vezes referida como requisito de segurabilidade do risco nos manuais de economia dos seguros.²¹⁹⁻²²⁰ Esse requisito económico esteve na origem, designadamente,

218 Cfr. MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 32-33; BICKELHAUPT, *General Insurance*, p. 13; e HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 171-172. Contra: VAUGHAN, *Fundamentals*, pp. 41-42; e TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 70-71. Os autores observam que tais «requisitos» são na verdade elementos ideais para a segurabilidade de um risco, o que não significa que os riscos não sejam seguráveis se lhes faltar algum deles. Não será coincidência estes manuais serem mais recentes do que os anteriores. Cfr. ainda BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 429-430 e 450, que o qualifica como um requisito económico, notando no entanto que não faltam seguros de risco único, dando como exemplo real o seguro do zepelim, no início do séc. XX. Afirma, todavia, que a falta de normalidade do facto, no sentido de verificação regular e periódica, torna estes seguros de risco único «seguros especiais» – por oposição ao que designa por «seguros ordinários». HOFMANN, *PVR*, p. 8, alude à possibilidade de recurso a cláusulas de ajustamento do prémio para os casos de novos riscos sobre os quais ainda não se dispõe de dados estatísticos (*Prämienanpassungsklauseln*). Sobre as cláusulas de ajustamento do prémio, cfr. LIPPERHEIDE, *Prämienanpassungsklauseln*, pp. 541-547.

219 Cfr. MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 34-35; e BICKELHAUPT, *General Insurance*, p. 14. Contra: VAUGHAN, *Fundamentals*, pp. 42-43; e TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 70 e 73. Mais uma vez, não será coincidência estes manuais serem mais recentes do que os anteriores. Entre os juristas, cfr. BUTTARO, *Assicurazione*, p. 449. O autor excluía a segurabilidade dos riscos que, verificando-se, não recaem sobre apenas alguns dos sujeitos expostos, pelo que impedem a aplicação do princípio da solidariedade colectiva entre todos os segurados, que pressupõe a não identidade entre o número dos sinistros e dos sujeitos expostos ao risco. PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, p. 13: «Pela mutualidade, *muitos* pagam os prémios estabelecidos para que somente *alguns* sejam indemnizados dos prejuízos que sofrerem.» Cfr. ainda MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 199-204; e PICARD, *Risques*, p. 16. Este último autor observava que, em princípio, a correlação entre os riscos individuais deve ser suficientemente fraca para a mutualidade poder contar com a lei dos grandes números. O autor aproximava, quanto às consequências, as mudanças de jurisprudência às catástrofes naturais, na medida em que ambas «afectam simultaneamente toda uma população de segurados» (sobre o chamado «risco jurídico», cfr. *infra* n. 223).

220 Veja-se, todavia, BENZIN, *Terrorismusrisiken*, pp. 709-738, que defende, de um ponto de vista económico, a insustentabilidade teórica e prática da negação da segurabilidade do terrorismo a propósito dos casos discutidos no pós 11 de Setembro. Defende ainda que o mesmo se passa com outros riscos extremos que, tal como o terrorismo, violam os princípios estabelecidos da segurabilidade, e que no entanto são na prática frequentes vezes cobertos por contratos de seguro. O autor afasta-se da posição tradicional sobre a segurabilidade técnica do risco constante do catálogo dos actuários: conjunto de vinte e seis critérios de segurabilidade resultantes do 14.º Congresso Internacional dos Actuários, em 1954 (p. 714). KAST/LAPIED, *Future*, pp. 89 e 95, observam que os chamados «riscos inseguráveis» são actualmente cobertos por contratos de seguro celebrados por seguradores que, para os controlarem, recorrem à oferta crescente de novos instrumentos próprios dos mercados financeiros, tais como os *cat-bonds* (*catastrophe bonds*) e os *weather derivatives*. COURBAGE/LIEDTKE, *Insurability*, p. 228, determinam que os riscos são seguráveis quando a sua transferência no mercado privado possa organizar-se de modo a que um potencial tomador consiga

da permissão, desde muito cedo, da exclusão da cobertura dos riscos de guerra, insurreição ou terrorismo.²²¹ No mínimo, embora a regra seja supletiva, podemos dizer que o segurador prudente tenderá a prevenir-se contra esta espécie de riscos, aumentando de tal forma o respectivo prémio que será significativamente mais limitada, nesses casos, a eficácia do seguro como forma de redução dos riscos numa dada colectividade.²²²

Isto, se estiver na disponibilidade da indústria seguradora precaver-se, o que não será o caso – pelo menos quanto a contratos previamente celebrados – quando o efeito «catastrófico» sobrevém no seio da própria ordem jurídica, como resultado de uma alteração legislativa ou jurisprudencial.²²³ Foi esse o caso do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2002, de 28 de Maio, segundo o qual o art. 19.º/c) do DL n.º 522/85, de 31 de Dezembro, atribuía ao segurador o ónus da prova da causalidade entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente de viação, para efeito da procedência do seu direito de regresso contra o condutor que agiu sob influência do álcool.²²⁴

obter a cobertura de que precisa. DE MEY, *Aftermath*, pp. 65-70, conta que o 11 de Setembro foi até hoje, de longe, o acontecimento com o maior impacto financeiro na indústria seguradora, que aguentou relativamente bem o rombo, provando a sua robustez e eficácia. Nota, todavia, que a sua capacidade não é ilimitada, e que não será possível absorver com sucesso as consequências de múltiplos acontecimentos de dimensão semelhante à do 11 de Setembro. Para além dos elevados montantes indemnizatórios directamente envolvidos, o acontecimento provocou ainda uma significativa turbulência nos mercados financeiros, determinando, indirectamente, a descida de valor dos *portfolios* dos seguradores. É o chamado risco sistémico, ou de contágio, decorrente da interligação entre os mercados financeiro e de seguros. Mas uma importante consequência deste facto foi a de determinar uma alteração radical da forma como os seguradores encaram o risco de terrorismo. Não é possível quantificar a probabilidade ou a severidade de atentados terroristas da dimensão do 11 de Setembro. Os seguradores começaram a excluir sistematicamente esta cobertura ou a incluí-la apenas em troca de prémios muito elevados. DE MEY entende que a única solução de longo prazo parece estar no envolvimento estatal como (re)segurador de último recurso. Já existem algumas experiências neste domínio: vejam-se os casos da *Pool Re* no Reino Unido; da *GAREAT* em França; e da *Extremus AG* na Alemanha. Cfr., no mesmo sentido, FONTAINE, *Assurances*, pp. 268-274. Sobre o risco sistémico, cfr. ainda OLIVEIRA, *Protecção de Credores*, pp. 242-248.

221 Cfr. o disposto no art. 45.º/2 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 437.º/4 CCom.

222 Neste sentido, MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 32-33.

223 KULLMANN, *Risque Juridique*, pp. 297-316, fala no «risco jurídico» a propósito das perturbações criadas pela lei ou pela jurisprudência que alteram as regras de direito com base nas quais as partes celebraram o seu contrato, e analisa, entre outras questões, a de saber se os seguradores poderão considerar algumas destas alterações como um agravamento do risco, designadamente, nos seguros de responsabilidade civil, e mesmo se poderão criar produtos de seguro destinados a cobrir este risco. Cfr. uma referência mais antiga a este risco em PICARD, *Risques*, p. 16. VAUGHAN, *Fundamentals*, p. 5, fala a este propósito no *legal hazard*, que acrescenta como algo de semelhante ao *physical* e ao *moral hazard*.

224 Cfr. o art. 524.º CC. O DL n.º 522/85, de 31 de Dezembro, foi revogado pelo DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Veja-se actualmente a redacção algo distinta do art. 27.º/c) do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Note-se que nem todas as situações referidas nas várias alíneas do anterior art. 19.º do DL n.º 522/85, de 31 de Dezembro, ou do actual art. 27.º DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto, constituem verdadeiros casos de direito de regresso. É imprópria a utilização da expressão para fazer referência aos casos de sub-rogação legal ou contratual do segurador nos direitos do segurado: o

É de assinalar, todavia, que até mesmo no campo da economia se ouvem vozes discordantes a propósito da segurabilidade dos riscos ditos raros ou mesmo únicos. KARL HAX expõe o que qualifica como a visão tradicional sobre a segurabilidade do risco:

«O seguro de riscos não mensuráveis ou avaliáveis seria pura especulação, um jogo de azar ou, numa formulação jurídica, um negócio aleatório. (...) Disto resulta que, em princípio, só os riscos mensuráveis ou avaliáveis são seguráveis, ou seja, riscos para os quais possa calcular-se, pelo menos aproximadamente, um prémio equivalente (...). A assunção de riscos de carácter único, para os quais não é possível encontrar um prémio equivalente, é um negócio puramente especulativo, que não pode ser visto como seguro, ainda que se celebre sob a forma de um contrato de seguro.»²²⁵

Mas depois esclarece que esta posição se deve a uma confusão entre dois problemas distintos: o problema da equivalência entre risco e prémio e o problema da compensabilidade dos riscos.²²⁶ Explica que, de facto, para se chegar a uma equivalência,

direito de regresso é um direito novo, que surge no contexto das obrigações solidárias, e não o resultado de uma transmissão, ainda que de fonte legal, de um direito de crédito primitivamente constituído noutra esfera jurídica. Sobre a distinção entre o direito de regresso e a sub-rogação na nossa ordem jurídica, vejam-se, por todos, ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, pp. 345-347 (posição clássica); JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, pp. 874-903 (noção ampla e noção restrita de regresso); e PINTO DUARTE, *Direito de Regresso*, pp. 187-188 e 190-192 (posição intermédia). Em particular sobre a confusão instalada no domínio do direito dos seguros, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 820; ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 120 n. 138; *Contratos Comerciais*, p. 94, n. 46; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 159. No caso, referido no texto, de direito do segurador contra o segurado causador do sinistro que tenha agido sob a influência do álcool, na versão anterior, ou com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, na actual versão, trata-se de um verdadeiro direito de regresso. Já o caso do direito do segurador contra o terceiro causador doloso do acidente não é de direito de regresso mas antes de sub-rogação legal do segurador nos direitos do segurado contra o lesante. Cfr. o art. 27.º/a) do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Para o direito de sub-rogação do segurador, cfr. ainda o art. 136.º LCS. Para o seu direito de regresso, cfr. o art. 144.º LCS. Este estudo centra-se na análise dos direitos ou outras posições activas de terceiros perante as partes num contrato de seguro e não dos direitos ou outras posições activas das partes perante os terceiros, a menos que se relacionem com os primeiros, pelo que não dedicarei atenção à figura sub-rogação legal ou legal do segurador nos direitos do segurado perante terceiros ou do direito de regresso do segurador perante o segurado na sequência de uma prestação a terceiros.

225 HAX, *Wesen*, pp. 10-11. Como exemplo desta visão tradicional da segurabilidade, que exige a homogeneidade dos riscos, cfr. RICHTER, *PfV*, p. 52.

226 Encontramos um exemplo desta confusão na afirmação, de MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 277, de que «a lei dos grandes números só pode conduzir a uma compensação quando se reúnem riscos homogéneos». O autor comentava, em seguida, que a homogeneidade é um conceito relativo, e observa que nem sempre consegue realizar-se o «princípio da equivalência», verificando-se muitas vezes a agregação dos bons e dos maus riscos. Sobre a questão da equivalência entre risco e prémio, cfr. *infra* o texto a partir da n. 981.

rigorosamente calculada, entre risco e prémio, a homogeneidade e pluralidade dos casos passados são importantes, porque é necessário avaliá-los com rigor, mas sustenta que, para a compensabilidade dos riscos, que é o problema económico decisivo para a sua segurabilidade, a comunidade de riscos pode também ser composta por riscos heterogéneos, visto que existem hoje diversas técnicas que nos permitem alcançá-la.²²⁷ O Lloyd's de Londres, termina HAX, já demonstrou inúmeras vezes a segurabilidade de riscos pouco frequentes ou mesmo únicos.²²⁸ O autor acaba por propor a seguinte definição de seguro:

«O seguro é a satisfação de uma necessidade pecuniária, isoladamente incerta mas de mensurabilidade global, com base numa compensação de riscos entre economias.»²²⁹

Os critérios económicos para determinar a segurabilidade de um dado risco não são actualmente vistos como absolutos, ou que estão abertas as fronteiras da segurabilidade.²³⁰ Autores há, inclusivamente, que já ajustaram a esta realidade o significado que atribuem à expressão «riscos inseguráveis», que passam a usar com o sentido de riscos que não podem ser seguros através dos métodos tradicionais.²³¹

No campo do direito, há um entendimento relativamente generalizado de que pode haver seguro, numa perspectiva estritamente jurídico-privada, sem uma base suficientemente alargada de casos análogos e independentes observados. Há meia dúzia de décadas já se

227 HAX, *Wesen*, pp. 12-13. Cfr. *infra* n. 275.

228 Sobre a história e o modo de funcionamento do mercado do Lloyd's de Londres, cfr. BARLOW LYDE & GILBERT, *Insurance Handbook*, pp. 177-184; ou o *Lloyd's of London* de HODGSON. Este último diz que o mercado do Lloyd's de Londres continua a desempenhar um papel importante na indústria seguradora, mesmo nos EUA, onde esta é mais competitiva, por duas razões: (i) o Lloyd's especializou-se em segurar riscos que mais ninguém quer ou pode segurar (*surplus line market*); e (ii) o Lloyd's continua a aceitar, sistematicamente, a assunção de riscos nunca antes segurados (p. 10). Para alguns exemplos de seguros de riscos únicos, cfr. *supra* n. 117.

229 HAX, *Wesen*, p. 16.

230 WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 27; e HENSSLER, *Risiko*, p. 249. Também DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 36, esclarece que, contrariamente ao que tradicionalmente se dizia, os riscos de seguro não têm de ser mensuráveis, havendo instrumentos da técnica de seguros próprios para assegurar a segurabilidade dos riscos não mensuráveis. Cfr. ainda a afirmação de ROYCE, *War and Insurance*, p. 20, de que as grandes tragédias são também grandes oportunidades, uma vez que «os desgostos que hoje assolam as nações civilizadas pedem novas reflexões e novas invenções».

231 KAST/LAPIED, *Future*, p. 89. Os riscos inseguráveis são actualmente cobertos por contratos de seguro celebrados por seguradores que, para os controlarem, recorrem à oferta crescente de novos instrumentos próprios dos mercados financeiros, tais como os *cat-bonds* (*catastrophe bonds*) e os *weather derivatives* (p. 95).

ouviam algumas vozes no sentido de que os requisitos de segurabilidade do risco têm relevância para a teoria económica do seguro, mas não resultam numa insegurabilidade jurídica, salvo quanto aos relativos à licitude da conduta do interessado.²³² E mesmo esses, acrescente-se, relevam para a questão da admissibilidade do contrato, mas não para a sua qualificação como um seguro. De resto, mesmo numa perspectiva económica, não há como negar que, por esse mundo fora, todos os dias se celebram contratos de seguro na ausência de uma base suficientemente alargada de casos análogos e independentes observados, porque o mercado é dinâmico, surgindo constantemente novos riscos que é necessário gerir ainda antes de se encontrarem reunidos os dados suficientes para um tratamento probabilístico rigoroso, e a indústria seguradora e resseguradora tem vindo a mostrar-se capaz de os absorver eficazmente.²³³

2.2.4. Prognose

Segue-se a análise da asserção de que os factos a que se reporta o risco têm de ser futuros. Não há dúvida de que o conceito de risco não pode sequer pensar-se sem a ideia de uma certa contraposição entre dois momentos diferentes no tempo: o momento em que se faz o juízo de risco e o momento a que o juízo de risco se refere.²³⁴ Tudo está em saber o que é, nesse contexto, um facto futuro. De uma forma geral, as referências aos factos ou

232 Neste sentido, DONATI, *Trattato II*, pp. 130-131 e 137. Cfr. ainda URIÁ, *Derecho Mercantil*, pp. 754-755, que distingue a insegurabilidade jurídica e a insegurabilidade técnica, deixando para a primeira apenas a questão da licitude do risco. KOENIG, *Schw. PVR*, p. 8, também remeta para o domínio técnico a questão da segurabilidade, advertindo o legislador para não colocar, neste campo, quaisquer entraves jurídicos ao livre desenvolvimento da técnica dos seguros. Entre nós, VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 105-106 e 128-129, afirma que o risco deve ser «concreto», porque só se for possível definir rigorosamente os limites do risco poderá este ser avaliado. Indica a previsibilidade, mensurabilidade, quantificabilidade das suas consequências e fortuitude como requisitos do risco. Mais à frente, porém, reconhece que, juridicamente, interessa apenas o critério legal de haver cessado o risco ou este não existir, e a sua licitude.

233 Para GIDDENS, *Risk and Responsibility*, pp. 1-10, a característica definidora da nossa sociedade é o vivermos cada vez mais numa fronteira de alta tecnologia que ninguém compreende totalmente, e que gera uma diversidade de futuros possíveis. Duas transformações: o fim da natureza, no sentido de que há actualmente poucos ou nenhuns aspectos do mundo físico ainda intocados pela intervenção humana, e o fim da tradição, no sentido de que a vida já não é vivida como destino. Uma sociedade de risco não é intrinsecamente mais perigosa do que as formas preexistentes de ordem social. Simplesmente, os perigos podem ser encarados como algo de dado; a ideia de risco está associada à aspiração de controlar o futuro. Ideia de que vivemos hoje numa sociedade de risco, de que há cada vez mais riscos novos, dos quais temos consciência. O autor desenvolve uma linha de pensamento primeiramente formulada por BECK em *Risikogesellschaft* (cfr. *supra* n. 144). Cfr. ainda PICARD, *Risques*, pp. 16-17, que reflecte sobre os novos riscos, de cuja ameaça vamos tendo consciência, sem no entanto dispormos ainda da informação que permita avaliá-los em termos probabilísticos.

234 FISHKIN, *Shape*, p. 4: «O risco envolve antecipação, previdência e discernimento. Portanto, exige que desenvolvamos uma perspectiva do futuro e que tomemos medidas em consequência.».

eventos futuros são referências aos factos em relação aos quais é formulado o juízo de risco: os factos geradores da necessidade que pretende satisfazer-se através do seguro. Os factos a que, após a delimitação que deles fazemos no texto de um contrato de seguro, passamos a chamar sinistro.

Da linguagem da lei parece, por vezes, decorrer que, se a incerteza é relativa ao passado, já não estaremos em presença de um verdadeiro risco. Veja-se o disposto no art. 44.º/1 LCS.²³⁵ A lei faz referência ao «conhecimento de que o risco cessou». Contudo, sabemos que o risco não perdura ou deixa de perdurar independentemente dos juízos que a seu respeito possamos fazer. Aquilo a que a lei chama «conhecimento» não é senão o resultado de um juízo probabilístico que os sujeitos poderão ou não formular, com base na informação ao seu dispor. Em rigor, deve entender-se que o contrato será nulo quando o segurador, o tomador ou o segurado tenham avaliado o risco como inexistente, aquando da sua celebração, por se encontrarem na posse de informação que, se partilhada, levaria os demais sujeitos a chegar à mesma conclusão. Esta última precisão justifica-se porque, apesar de tudo, a lei coloca esta questão no plano do conhecimento, afastando, por esse motivo, a relevância de juízos de risco não suportados em moldes que pudéssemos de algum modo qualificar como objectivos, com as limitações que este adjectivo comporta. No mesmo sentido, a doutrina e jurisprudência, quando designam o risco relativo a um facto passado como um «risco putativo».²³⁶

235 No regime anterior, veja-se o art. 436.º CCom.

236 Do latim *putare* (pensar). Ac. RL 26.05.1987: «[O] nosso direito positivo admite e consagra, em termos gerais, o contrato de seguro de riscos putativos.» CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 529, referia-se mesmo ao que chama «risco fictício». Diz que não é preciso que a incerteza seja «real» e «absoluta», bastando uma «incerteza mental», resultante da ignorância das partes. DONATI, *Trattato II*, pp. 40, 117-118 e 179, analisou as concepções objectiva e subjectiva da possibilidade e referiu-se, no âmbito desta última, ao risco putativo como risco existente subjectivamente na mente das partes. Cfr. ainda BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 449-450; GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 241; e DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 121-122. E em França: KULLMANN, *Contrat d'Assurance*, pp. 427-428; e BIGOT, *Aléa*, pp. 211-215, este último distinguindo as concepções material e psicológica da álea (no sentido de incerteza). Na Alemanha, não é de uso comum o conceito de risco putativo, mas também se encontra muito disseminada a distinção entre a incerteza objectiva e a incerteza subjectiva, e a suficiência desta última para fundar um contrato de seguro. Cfr. EHRENBURG, *PVR*, p. 3; BK/DÖRNER, p. 16 m. 42; BK/BAUMANN, p. 64 m. 3; HOFMANN, *PVR*, pp. 6-7. Por último, cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 129-131. O autor refere-se ao seguro de riscos putativos como «excepção» importada do seguro marítimo, e tenta distingui-los dos «seguros de boas ou más notícias». Cfr., no mesmo sentido, J. M. BRITO, *Seguro Marítimo*, p. 16 n. 38. Não vejo que tenham sido bem sucedidos na sua distinção, que segue doutrina italiana adepta de um conceito mais restrito de «seguros de risco putativo».

A designação é infeliz. Dá a entender que, ao risco relativo a um facto passado, lhe falta algo que o impede de ser considerado um verdadeiro risco. O problema é em tudo semelhante ao já analisado a propósito da suposta distinção entre a incerteza dita objectiva e a incerteza dita subjectiva. Vimos então que, mesmo para quem não rejeita por completo a contraposição, será forçoso reconhecer que, entre ambas as figuras, a diferença será apenas de grau. Esta conclusão torna extremamente difícil a pretensão de assentar em base sólida o conceito de «risco putativo».²³⁷ Temos um bom exemplo das conclusões falaciosas a que pode conduzir a aposição deste género de atributos ao risco relativo a um facto passado em CUNHA GONÇALVES:

«Deste modo, ou não existe já o risco, e o segurado fica inutilmente onerado com o prémio; ou o sinistro já se verificou, e o segurador tem de o indemnizar sem o benefício da lei das probabilidades; e o seguro fica sendo assim uma espécie de jogo de azar.»²³⁸

O autor não se apercebe de que a teoria das probabilidades funciona tão bem num caso como no outro.²³⁹ Tomando o exemplo clássico da bola que se retira de um saco cheio de bolas brancas e negras, se não soubermos qual foi ou será o resultado, é indiferente que a bola já tenha ou que não tenha ainda sido retirada do saco. A «previsão» que fazemos é a mesma, o risco seria o mesmo, se estivesse em causa algo a que o sujeito não fosse indiferente, e a protecção de um segurador funcionaria de igual modo, se fosse procurada e obtida.²⁴⁰ Num caso como no outro, o que releva é apenas o conhecimento de que se dispõe quando se formula o juízo de risco.²⁴¹ E a própria lei nos dá essa pista, quando refere que o factor determinante é o conhecimento das partes.²⁴²

237 Como já foi referido, do mesmo problema padece a distinção entre condições próprias, referentes ao futuro, e impróprias, referentes ao passado ou ao presente (*conditiones in praeteritum vel praesens collatae*). Cfr. *supra* n. 161.

238 CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 529. Este trecho é citado com aprovação em VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 129-131.

239 Cfr. KEYNES, *Treatise*, pp. 3-4 (*supra* n. 200).

240 O exemplo é de POISSON, *Recherches*, p. 30.

241 DUBUISSON, *Contrats Aléatoires*, p. 331, nota que, no plano teórico, se explica mal a exclusão da cobertura de riscos putativos, porque a incerteza não tem sentido senão por referência à percepção que as partes deles têm no momento da celebração do contrato.

242 Cfr. o art. 44.º/1 CLS. Esta questão já foi tratada, na perspectiva da objectividade ou subjectividade do risco. Cfr. *supra* o texto junto às nn. 201 a 195.

Nem seria óbvia a linha divisória que traçaríamos se pretendêssemos atribuir importância à circunstância de o risco se referir a um facto situado no passado ou antes no futuro. Encontramos um bom exemplo da dificuldade dessa divisão nos seguros de saúde. Pensemos, por hipótese, nas doenças genéticas. Como saber qual é, exactamente, o momento da ocorrência do sinistro, para o efeito da determinação da sua natureza passada ou futura relativamente ao momento da celebração do contrato?²⁴³ Na prática, a resposta é simples, pois o sinistro corresponderá ao facto tal como definido no contrato. Em regra, o sinistro será constituído pelo diagnóstico da doença. *Rectius*: pela identificação de uma necessidade de tratamento. Mas em teoria podia ser outra a fronteira. Abstraindo do contrato, é muito difícil determinar se este é um facto futuro.

Todavia, ao detectarmos e tentarmos lidar com o risco, temos sempre em vista, efectivamente, um momento futuro: o momento em que cessará a incerteza, em que saberemos se o risco que hoje detectamos chegou ou não a verificar-se. Nesse sentido, embora não possamos falar de um facto futuro, também não podemos retirar por completo o futuro do contrato de seguro, visto que o juízo de risco é sempre um juízo de prognose, um juízo dirigido para o futuro. Simplesmente, não é o facto que é sempre e necessariamente futuro: é o seu impacto na vida do sujeito que deve ter algo de futuro. Ainda que esse algo seja o conhecimento de que a sua vida já foi afectada pela verificação desse facto. O que significa que o elemento futuro está na necessidade eventual e não no facto que lhe dá causa. É, neste sentido, acertado afirmar que o seguro só pode existir por referência a uma necessidade eventual e futura do segurado.²⁴⁴ Assim se faz referência à circunstância de essa necessidade só vir a sentir-se no futuro, com a tomada de consciência da verificação de um facto passado, presente ou futuro.

Examinemos o chamado «seguro retroactivo». A expressão nem sempre é utilizada com o mesmo sentido.²⁴⁵ Na Alemanha, esclarece-se que o conceito de seguro retroactivo

243 Note-se que a Lei n.º 12/2005 proíbe toda a discriminação em função do património genético de cada pessoa (art. 11.º), vedando o recurso a testes genéticos, entre outras circunstâncias, no contexto específico da contratação de seguros de vida e de saúde (art. 12.º). Cfr. *supra* n. 207.

244 BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 431 e 448-449. URÍA, *Orientaciones*, pp. 365-366, sustenta que os seguros nem sempre respeita à satisfação de uma necessidade eventual, porque em certos seguros de vida – designadamente, os seguros de vida inteira – o sinistro é *certus an*. Não se apercebe de que o ser *incertus quando* basta para tornar eventual a necessidade, que não será a mesma, consoante o sinistro ocorra agora ou daqui a dez anos.

245 Trata-se aqui de uma «retroactividade» aplicada só a factos e não a normas. Não se trata de saber se uma dada norma se aplica ao passado, por assim dizer, mas antes de saber se podem certos efeitos de

(*Rückwärtsversicherung*) abrange os contratos em que a cobertura do risco tem início imediatamente após a entrega da proposta do seguro, e não no momento da celebração do contrato²⁴⁶ – possibilidade que, com ou sem este qualificativo, parece ser aceite na generalidade dos ordenamentos jurídicos.²⁴⁷ Distingue-se o *início formal* do seguro, que corresponde ao momento em que o contrato se considera concluído, do *início técnico* do seguro, momento em que o segurador passa a ter legitimidade para receber o prémio, do *início material* do seguro, momento em que se torna efectiva a cobertura do seguro.²⁴⁸ No direito alemão, diz-se que um contrato de seguro é retroactivo sempre que o seu início material é anterior ao seu início formal.²⁴⁹

Em Portugal, depois de uma longa tradição de abertura ao seguro relativo a acontecimentos passados, o regime sofreu alterações no passado recente, com a introdução de fortes restrições à admissibilidade desta figura, no âmbito de aplicação do (entretanto revogado) DL n.º 142/2000, de 15 de Julho. De acordo com o regime anterior a estas alterações, que continuaria a vigorar para os contratos que caíssem fora do âmbito de aplicação do regime jurídico de pagamento dos prémios de seguro, à semelhança do que acontece na maioria dos ordenamentos jurídicos, admitia-se a

um contrato depender da verificação de um facto ocorrido (ou não) antes da sua celebração (ou, consoante o conceito que se adopte, antes da entrega da proposta de seguro).

246 JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 2 p. 97 m. 1.

247 BASEDOW/FOCK, *Rechtsvergleich*, p. 58.

248 Cfr. ERICH PRÖLSS, *Versicherungsverhältnis*, pp. 67-70; DEUTSCH, *VVR*, pp. 44-48; e JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 2 p. 97 m. 1.

249 Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 2 p. 97 m. 1; BK/BAUMANN, § 2 pp. 63-64 m. 1; RÖMER em RÖMER/LANGHEID, *VVG*, § 2 pp. 110-111 mm. 2-3; e HOFMANN, *PVR*, pp. 89-99. Alguma doutrina distingue ainda o seguro retroactivo próprio (*echte Rückwärtsversicherung*) e o seguro retroactivo impróprio (*unechte Rückwärtsversicherung*), reservando esta última designação para o seguro cujo início material é coincidente com ou posterior à entrega da proposta de seguro mas anterior ao seu início formal. BK/BAUMANN, pp. 64-65 (§ 2 m. 4). De acordo com a doutrina alemã, há ainda que distinguir entre o seguro retroactivo e a prática, relativamente comum, da pré-datação de apólices (*Rückdatierung*). Esta figura, cuja fronteira com o seguro retroactivo nem sempre é clara, distingue-se deste pela circunstância de o elemento que liga o contrato ao passado ser o do respectivo início técnico e não o seu início material. É uma operação que só tem relevância para o efeito do cálculo do prémio. Nesta prática, comum nos seguros de vida e de saúde, pretende-se que o cálculo do prémio a pagar seja reportado a uma data anterior à do seu início material ou formal, não para que o segurado possa beneficiar de uma cobertura retroactiva, mas para que o tomador possa aceder a um contrato cujas condições o excluíssem, em virtude da idade da pessoa segura, ou beneficiar de condições mais favoráveis que seriam aplicáveis caso o contrato tivesse sido celebrado mais cedo, ou mesmo para afastar os períodos de carência. Cfr. BK/BAUMANN, pp. 65-66 (§ 2 m. 7); e DEUTSCH, *VVR*, p. 47. Embora a figura do seguro retroactivo seja muito tratada pela doutrina alemã, também na doutrina de expressão inglesa se fala ocasionalmente em seguro retroactivo. Veja-se, por exemplo, McALEAR, *Retroactive Insurance*, pp. 30-32. Sobre a distinção entre o seguro pós-datado (*back-dated liability insurance*) e o seguro retroactivo (*retroactive liability insurance*), cfr. ainda HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 176-177.

celebração de um contrato de seguro em que a incerteza se referisse à ocorrência de um facto passado.²⁵⁰ Nesse caso, o seguro só seria nulo se as partes tivessem conhecimento da inexistência do risco ao tempo da celebração.²⁵¹⁻²⁵² Já de acordo com o novo regime, entretanto revogado, embora as partes pudessem convencionar uma data de início da cobertura anterior à data da celebração, essa data não poderia ser anterior à da recepção da proposta de seguro pelo segurador.²⁵³ Com a ainda mais recente reforma do direito contratual dos seguros, a lei veio repor o regime anterior, admitindo, genericamente, a

250 Cfr. os arts. 436.º, 437.º e 461.º CCom.

251 Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 558. Na Alemanha, esclarece-se que o contrato será válido se apenas o tomador desconhecer a prévia ocorrência do sinistro, visto que, nesse caso, o segurador aceita, de livre vontade proteger o segurado contra as suas consequências. Cfr. BK/BAUMANN, § 2 pp. 73-77 mm. 29-46; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 2 p. 100 m. 8; e HOFMANN, *PfV*, pp. 6-7.

252 Não é assim em Inglaterra. CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, p. 12, afirmam que, no direito inglês, a incerteza é testada «com o benefício da omnisciência». Note-se, no entanto, que esta omnisciência se reduz, na prática, ao domínio dos seguros de coisas, e não deixa de corresponder a uma visão *ex ante* dos acontecimentos: contempla o que as partes conheciam ou poderiam conhecer, mas não, naturalmente, o que apenas poderiam vir a descobrir mais tarde. Cfr. pp. 470-471. Ao contrário do que acontece nos EUA. LOWRY/RAWLINGS, *Cases and Materials*, p. 18, esclarecem que esta regra é denominada *known loss rule* nos Estados Unidos. BASEDOW/FOCK, *Rechtsvergleich*, pp. 56-58, afirmam que, dos ordenamentos por si estudados, só em direito belga e em direito italiano a lei proíbe que a cobertura do risco tenha início em data anterior à da celebração. FONTAINE, *Assurances*, pp. 164-166, esclarece que a lei belga permite que se segurem riscos putativos nos seguros marítimos (arts. 219 e 220 da Lei de 21.08.1879) mas não nos seguros terrestres (art. 24/1 LCSbe). Tais contratos são nulos. Os prémios deverão ser restituídos, excepto em caso de má fé ou erro indesculpável do tomador, podendo nesse caso o segurador conservar o prémio até à data em que tomou conhecimento da inexistência do risco (art. 24/3). A situação é algo distinta em direito italiano. Da disposição, semelhante à nossa, segundo a qual o contrato de seguro é nulo se o risco já não existe à data da conclusão do contrato, a doutrina retira a proibição do seguro de riscos passados (art. 1895 CCit). Mas só se, efectivamente, o risco coberto deixou de existir (por exemplo por ter sido totalmente destruído o edifício a que se refere o seguro). Uma vez que isso não se passa, designadamente, em seguros como os de responsabilidade civil, não se proíbe nesses casos a retroactividade dos seguros. A proibição dos seguros de riscos passados só sofreria uma derrogação no domínio dos seguros marítimos e aeronáuticos onde são permitidos os seguros de riscos putativos (arts. 514 e 1021 do Código de Navegação). Cfr. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 121-122. Este regime parte do pressuposto de que, na verdade, o segurador não assumiu qualquer risco – o que já vimos não ser o caso.

253 Neste sentido dispunha o art. 6.º/2 do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho.

cobertura de riscos relativos a factos passados.²⁵⁴⁻²⁵⁵ A lei faz referência a «riscos anteriores à data de celebração do contrato». Facilmente se compreende que não são os riscos que são anteriores a essa data, mas sim os factos a que os riscos diz respeito. Enquanto se mantiver o estado de incerteza sobre os factos em que se baseiam os juízos quanto a esses riscos, estes serão presentes, ou eventualmente futuros, mas nunca passados.

Esta alteração legislativa é de louvar. Antes de mais, e independentemente da posição que se adopte no que respeita à cobertura de riscos relativos a factos passados, por uma questão de rigor, deverá abandonar-se o qualificativo de seguro «retroactivo», ou de qualquer dos seus possíveis substitutos, dada a natureza prospectiva de todo o contrato de seguro, na medida em que se destina a aplacar uma necessidade eventual ainda não sentida à data da celebração do contrato ou, talvez mais rigorosamente, à data da entrega da proposta de seguro por parte do proponente tomador.

Ainda que queira passar-se por cima dessa precisão, a verdade é que a ideia de retroactividade do seguro sempre partilharia da mesma indefinição, há pouco apontada, da linha divisória entre o passado e o futuro para a dogmática do contrato de seguro, perdendo-se muitas vezes os seus partidários em discussões sobre os factos relevantes para efeitos dessa classificação, como vimos há pouco a propósito dos seguros de saúde.

254 Cfr., neste sentido, o preâmbulo da LCS (V), onde se explicita a intenção de transportar para a nova lei o regime anterior, e o disposto nos arts. 42.º/2 e 44.º/2 LCS. Neste último preceito, a lei deixa claro que o que releva é a data em que as partes tomam conhecimento da informação que determina o juízo de inexistência ou cessação do risco. O preceito deverá interpretar-se *cum grano salis*, sob pena de impedir a cobertura dos sinistros ocorridos entre a data de entrega da proposta de seguro e a data da sua aceitação. Em rigor, o contrato considera-se celebrado na data da aceitação. Todavia, para este efeito, caso as partes estipulem que a cobertura retroage até à data da proposta, a circunstância de o segurado ter conhecimento da ocorrência de um sinistro que tenha tido lugar entre ambas as datas não faz precluir a sua cobertura. Pense-se no seguinte exemplo: entrego a proposta de um seguro de acidentes pessoais no dia 1. Simultaneamente, pago o respectivo prémio. De acordo com as condições do seguro, uma vez pago o respectivo prémio, a cobertura retroage até à data em que a proposta é entregue ao segurador. Sofro um acidente no dia 8. O segurador nada diz, pelo que a proposta se considera aceite no dia 15 (art. 27.º/1 LCS). Naturalmente, o meu acidente não deixa de se encontrar coberto pelo seguro, pelo simples facto de eu ter conhecimento da ocorrência do sinistro em data anterior à da celebração do contrato. Friso que é elemento essencial deste exemplo o conteúdo das condições do seguro. No que concerne aos seguros de saúde, veja-se ainda o disposto no art. 216.º LCS. De acordo com este preceito, salvo disposição em contrário, as doenças preexistentes, ainda que conhecidas da pessoa segura à data da realização do contrato, consideram-se cobertas pelo seguro.

255 Cfr. ainda o art. 2:401 PEICL. Deste preceito retira-se, no mesmo sentido, que o fundamental, para efeitos de admissibilidade do seguro, é o conhecimento que as partes possam ter da ocorrência ou não ocorrência do sinistro, e não o simples facto de esta se situar num momento passado.

As dificuldades aumentam se pensarmos naqueles seguros de responsabilidade civil em que a cobertura é temporalmente delimitada em função das reclamações apresentadas pelos lesados durante a vigência do contrato, actualmente admitidos, de forma expressa, pela lei.²⁵⁶⁻²⁵⁷ Embora nem sempre o façam, estes podem cobrir factos danosos ocorridos antes da celebração do contrato de seguro.²⁵⁸ Pode dizer-se, é certo, que, nesta classe de contratos, deve entender-se como facto relevante – como sinistro – a apresentação de um pedido de indemnização, e não apenas os factos que propriamente o suportam. Todavia, no que respeita ao conhecimento que as partes possam ter da realidade, para efeito da

256 Cfr. o art. 139.º/2 e 3 LCS. Cfr. HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 176-177. Para além da questão da admissibilidade dos seguros de responsabilidade civil em que a cobertura é temporalmente delimitada em função das reclamações apresentadas pelos lesados durante a vigência do contrato (*claims made liability insurance*), os autores tocam ainda a questão da distinção entre o seguro pós-datado (*back-dated liability insurance*) e o seguro retroactivo (*retroactive liability insurance*). Sobre a questão, cfr. *supra* n. 249.

257 RAPOSO, *Regulação*, p. 836, na vigência do regime anterior, não aceitava esta possibilidade, por entender que contraria a «regra básica» de que o seguro é nulo se, no momento da sua conclusão, já tiver ocorrido o sinistro. O autor entendia que o facto relevante, para efeitos de determinação do sinistro, devia ser o facto danoso e não a reclamação do lesado. Defendia a determinação legal de uma garantia subsequente ao termo dos contratos de seguro de responsabilidade civil, por um período limitado, de um ou dois anos, para fazer face às reclamações tardias relativas a factos danosos ocorridos na vigência do contrato. Cfr. a sua análise da questão da admissibilidade da cláusula *claims made* a pp. 831-836. As suas posições não são de aceitar, pelos motivos expostos no texto.

258 FONTAINE, *Assurances*, pp. 412-413, 417-418 e 421-422. O autor observa que as dificuldades práticas de aplicação da proibição da retroactividade dos seguros aos seguros de responsabilidade civil estão relacionadas com a polémica em torno da definição dos sinistros que, nos seguros de responsabilidade civil, apresentam um carácter evolutivo. Entende que a proibição só poderá aplicar-se aos sinistros plenamente verificados: cobertura dos *risques d'antériorité* nos seguros de responsabilidade civil, em que já se tenham produzido todos os elementos da cadeia *faute – lien de causalité – dommage* mas em que não tenha ainda havido qualquer reclamação. Entende que nestes casos os sinistros só deverão considerar-se plenamente verificados com a ocorrência da reclamação. Esta questão é importante, nomeadamente, para efeitos de sucessão de contratos de seguro: se o primeiro é *claims made*, o segundo não pode ser *occurrence basis*, pois tem de poder cobrir os *risques d'antériorité*, sob pena de se entravar a livre concorrência e se colocar o segurado nas mãos do primeiro segurador, na medida em que, ao trocá-lo por outro, colocar-se-ia a descoberto de qualquer seguro quanto aos factos lesivos ocorridos mas não reclamados até à data do novo seguro. Em certos casos, os seguradores preferem seguros *claims made* porque, de contrário, os *risques de posteriorité* nunca cessariam: exemplos da responsabilidade por danos ambientais e, em particular, por danos resultantes da exploração de centrais nucleares, da responsabilidade do produtor, da responsabilidade civil profissional dos médicos. A sua cobertura obrigaria a reservas significativas e de uma tal duração que, inclusivamente, dificilmente seriam aceites pela administração fiscal. Na Bélgica, o art. 78 LCSbe proibia inicialmente os seguros *claims made*. Os protestos por parte da indústria seguradora foram tais que, pouco depois da sua entrada em vigor, foi acrescentado ao artigo um n.º 2. A nova disposição admite os seguros *claims made* nos seguros de responsabilidade civil geral, exigindo no entanto que se cubram os *risques de posteriorité* durante um período de trinta e seis meses após a cessação do contrato – a chamada *sunset clause* – se não estiverem já cobertos por um outro contrato ou se os factos que lhes estiverem na base tiverem ocorrido e sido declarados ao segurador na pendência do contrato. Esta admissão limitada não inclui os seguros de responsabilidade civil automóvel, de responsabilidade civil familiar e de responsabilidade civil em matéria de incêndio. Em Portugal, o legislador foi colher inspiração à lei belga, impondo igualmente aos seguradores de responsabilidade civil que recorram a seguros *claims made* o pagamento de indemnizações resultantes de eventos

avaliação do risco, tão ou mais importante seria a consideração desses factos, e não necessariamente do carácter iminente ou remoto do correspondente pedido – isto, numa perspectiva de política legislativa. Sendo certo que, em grande parte dos casos, a restrição legal seria facilmente torneada, visto que, como bem se percebe, a natureza «retroactiva» ou «não-retroactiva» do seguro acaba por ficar dependente, em grande medida, do modo como se define contratualmente o sinistro.

Pense-se agora no exemplo do que poderá traduzir-se por «seguro de evicção» (*title insurance*). Esta modalidade de contrato de seguro é comercializada nalguns países cujos sistemas jurídicos não disponham de registo predial, ou em que este não seja constitutivo ou suficientemente consolidativo das posições registadas, e o adquirente de boa fé não seja totalmente protegido contra eventuais pretensões de terceiros. Em países em que, por esses motivos, o adquirente não está livre de se ver um dia a braços com um processo judicial destinado à declaração de nulidade do título em que baseia o seu direito de propriedade, ou outro qualquer direito real menor, ou à declaração de que o título por si adquirido está afinal onerado com um qualquer direito real de gozo ou de garantia. É esse o caso em grande parte dos EUA. Nalguns desses países, é prática corrente a subscrição de um seguro de evicção: um seguro contra o risco de uma pretensão jurídica sobre um imóvel.²⁵⁹ Onde traçar nestes casos a fronteira entre o passado e o futuro?

«O seguro de evicção é único, na medida em que é um seguro contra a ignorância do passado, isto é, cobre o risco de um qualquer evento passado desconhecido vir a enfraquecer a pretensão real sobre um imóvel que o segurado crê existir no momento de emissão da apólice.»²⁶⁰

Admito que, numa perspectiva de política legislativa, seja importante associar maiores cautelas à admissibilidade dos seguros em que, por natureza, é mais fácil uma conduta fraudulenta do tomador. Um desses casos é o dos seguros em que é meramente

danosos desconhecidos das partes e ocorridos durante o período de vigência do contrato, ainda que a reclamação seja apresentada no ano seguinte ao termo do contrato, desde que o risco não se encontre coberto por um contrato de seguro posterior (art. 139.º/3 LCS). Trata-se de disposição «relativamente imperativa» (art. 13.º/1 LCS).

259 Sobre esta modalidade de seguros, veja-se, em geral, o *Title Insurance* de LIPSHUTZ. Não será difícil imaginar um seguro deste género aplicado a outros bens de grande valor, como é o caso das obras de arte. Esse seguro poderia cobrir o risco de descoberta de que um dado quadro, de um dado pintor, é na verdade uma falsificação.

260 LIPSHUTZ, *Title Insurance*, p. 1.

contingente o desconhecimento alegado pelo tomador, no sentido de que este estaria ou poderia estar em condições de obter a informação em falta, não resultando evidente se de facto não a conhece, independentemente de alegar o contrário.²⁶¹ Poderá argumentar-se que o mesmo raciocínio se aplica a situações que não são habitualmente qualificadas como retroactivas, como no seguro de saúde, face aos problemas geneticamente determinados mas ainda não diagnosticados. Dados todos estes exemplos, caso se pretenda restringir a liberdade contratual, seria mais acertado fazer-se referência a esta contingência da falta de informação que subjaz ao juízo de risco. Cumprir-se-ia melhor a *ratio* da norma proibitiva, visto que esta referência é inclusive menos susceptível de manipulação pelas partes na redacção do enunciado contratual.²⁶² Sendo certo que, ainda assim, a pura e simples proibição destes seguros sempre seria uma solução porventura demasiado violenta, em virtude do que parecem ser as exigências do mercado.²⁶³ Pelo exposto, aplaude-se, quanto a este aspecto, o sentido da recente reforma legislativa.

261 Essa necessidade de maior cautela justifica, designadamente, o disposto no art. 216.º/2 LCS. De acordo com este preceito, tratando-se da cobertura de doenças preexistentes, o contrato pode estipular um período de carência de um ano – mecanismo, mais suave do que a pura e simples exclusão, destinado a minimizar a tendência para uma corrida ao seguro imediatamente após o conhecimento de que se tem uma doença grave.

262 Para além de que há diversas maneiras de lidar com o problema. LIPSHUTZ, *Title Insurance*, pp. 73-77, relata, por exemplo, que a generalidade da legislação reguladora do seguro de evicção coloca fortes exigências na componente de prevenção a cargo do segurador, proibindo a aceitação de propostas de seguro sem a devida auditoria jurídica a toda a documentação relevante. A ideia que subjaz a esta proibição é a de que a principal função deste produto não é tanto a de providenciar à indemnização em caso de sinistro mas a de prevenir a sua ocorrência. De contrário, abrir-se-ia demasiado a porta à fraude, e não se dotariam os segurados do necessário grau de segurança de que o lar em que tanto investiram, financeira mas também psicologicamente, é mesmo seu. No fundo, por razões de ordem pública, impede-se que este seguro seja tratado como uma modalidade de *casualty insurance*. Chegando-se ao ponto de se duvidar se, neste caso, a componente de seguro do produto estará suficientemente presente. É pouco nítida a fronteira entre este seguro e a mera prestação de um serviço de assessoria jurídica com uma cláusula de «responsabilidade objectiva» pela desconformidade entre o resultado das conclusões da auditoria e a realidade.

263 McALEAR, *Retroactive Insurance*, pp. 30-32, aponta três cenários, por ordem crescente de importância, que costumam tipicamente conduzir uma empresa à subscrição de um seguro retroactivo: (i) a prática de auditorias internas periódicas aos programas de seguros das empresas leva por vezes à detecção de falhas na cobertura, que é conveniente colmatar; (ii) as fusões e aquisições implicam normalmente a consolidação dos programas de seguros de todas as empresas envolvidas, o que muitas vezes implica o alargamento de coberturas até então não subscritas pela empresa com um mais baixo nível de protecção; (iii) uma alteração súbita no clima jurídico em que uma empresa se move, motivada, designadamente, por uma mudança de atitude de uma entidade reguladora quanto a certas práticas anteriormente menos atacadas, ou mesmo a superveniência de uma decisão de um tribunal superior, determinando uma mudança na interpretação de certas disposições legais com impacto no dia-a-dia de uma empresa, levam frequentes vezes à necessidade de obtenção de coberturas previamente menos necessárias.

Coisa diversa seria, naturalmente, a contratação de um seguro dito retroactivo – se este for permitido – na tentativa de cumprir, *a posteriori*, um dever legal ou contratual de segurar ou, por hipótese, o dever de prestar caução que impende sobre os administradores de sociedades anónimas.²⁶⁴ Se o seguro for contratado depois da data em que a obrigação se torna devida, a violação da lei (ou do contrato) será irreversível e será imediata a respectiva sanção – no exemplo dado, a destituição imediata do cargo – visto que a situação de violação não pode sanar-se em momento posterior com referência ao tempo anteriormente decorrido, nada apagando a circunstância de ter havido um período durante o qual o devedor se encontrava sem seguro.

2.3. Características adicionais do risco de seguro

2.3.1. Elementaridade

Podemos adoptar duas perspectivas distintas na identificação e análise do risco: a perspectiva elementar, ou individual, e a perspectiva colectiva, ou institucional.²⁶⁵ A perspectiva individual é a perspectiva do próprio sujeito do risco, ou seja, do sujeito sobre o qual o juízo de risco é feito. Será a perspectiva do tomador do seguro, que pretende «transferir» um risco seu ou de terceiro, mas será também uma das possíveis perspectivas do segurador – embora não a mais característica – para quem o risco é «transferido» por efeito daquele contrato individualmente considerado. Essencial é somente que a observação incida sobre o que poderemos designar uma «unidade de risco».

É neste sentido elementar que nos referimos ao risco (*r*) quando aferimos a sua medida em função da probabilidade (*p*) do resultado negativamente valorado e da magnitude desse desvalor (*m*) ($r = pm$).²⁶⁶ É claro que só recorrendo previamente aos dados da

264 Cfr. o art. 396.º CSC.

265 VELOSO afirma que o uso comum do termo «risco» é distributivo, querendo com isso dizer que o termo se refere tanto aos conjuntos como aos seus elementos. VELOSO, *Risco*, p. 278. Cfr. ALSLEBEN, *Zufall*, p. 101, sobre a diferença entre os riscos individuais (*Einzelrisiken*) e a colectividade ou comunidade de riscos (*Risikokollektiv* ou *Gefahrgemeinschaft*). O termo *Gefahrgemeinschaft* foi popularizado no mundo do direito germânico por HANS MÖLLER (cfr., por exemplo, o seu *Grundlagen*, pp. 3-5).

266 Definição que aparece, por exemplo, em BERG/ERDMANN/HOFMANN/JAGGY/SCHERINGER/SEILER, *Was ist ein Schaden?*, p. 4. Esta noção de medida do risco não deverá confundir-se com aquela a que faz referência a distinção, de origem comunitária, entre grandes riscos e riscos de massa. Cfr. o disposto no art. 2.º/3 a 6 RGEs e, designadamente, nos arts. 12.º/2, 13.º/2 e 34.º/1 LCS. Cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 48-49. Grandes riscos, nesta acepção, são os susceptíveis de originar prestações de montante elevado por parte do segurador, sendo irrelevante o grau de probabilidade de verificação do risco e a menor ou maior intensidade das suas possíveis consequências. Daí que os

instituição poderemos, em geral, obter os dados que nos permitam chegar à medida do risco individual. E também é certo, como veremos em seguida, que esta medida individual do risco adquire um maior sentido para quem atinge a neutralidade em face desse mesmo risco. A forma mais imediata de se atingir a neutralidade passa pelo recurso à lei dos grandes números, a que só tem acesso quem junta a esta perspectiva individual a perspectiva institucional do risco.²⁶⁷

Neste sentido elementar, e sempre que se usa esta bitola, a medida do risco corresponde ao conceito de esperança matemática, originariamente definido por BLAISE PASCAL.²⁶⁸ Em teoria das probabilidades, a esperança matemática corresponde à soma da probabilidade (p) de cada resultado multiplicada pelo valor (v) desse resultado ($\sum p_i v_i$). Pensemos no jogo da roleta.²⁶⁹ Em cada jogada, individualmente considerada, a probabilidade de nos sair o número vencedor é de 1/37, dado que o número total de casas de que se compõe a roleta é de 37. Imaginemos que o montante da nossa aposta é de 1€ e que, se ganharmos, recebemos 35€ (para além do nosso 1€). Temos então que: $-1€ \cdot (36/37) + 35€ \cdot (1/37) = -0,027€$ (valor da esperança matemática). O valor de uma aposta de €1 é portanto de 0,973€. Este é o resultado que se obtém adicionando o resultado da operação anterior ao nosso 1€. O valor de 0,973€ é também o resultado que se obtém somando $36 \cdot (1/37) +$

critérios utilizados para a distinção sejam bastante semelhantes aos utilizados para delimitar o conceito de micro, pequenas e médias empresas (neste caso são aplicados ao tomador). Cfr. a Recomendação da Comissão de 06.05.2003 (2003/361/CE) e ainda COMISSÃO EUROPEIA, *SME Definition*. Diverso, ainda, é o sentido da expressão «grandes riscos», tradicionalmente contraposta à de «riscos secundários», designadamente em CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 580, ou à de «riscos de segunda ordem», em EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, pp. 369-413.

267 Cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 124-128 e 238-246.

268 A quem já me referi a propósito da sua célebre aposta. Cfr. *supra* o texto junto à n. 115. Sobre a identidade da medida do risco, neste sentido particular, e do conceito de esperança matemática, cfr. KARTEN, *Unsicherheit*, pp. 19-22. Cfr. ainda HANSSON, *Risk*, s. 1, que explica que, embora o conceito de esperança matemática exista desde o séc. XVII, este sentido do termo é relativamente recente no domínio da chamada análise do risco. Na verdade, contudo, tendo sido introduzido neste domínio apenas em 1975, transformou-se rapidamente no sentido técnico mais habitual, nesta como em muitas outras disciplinas, sendo hoje considerado por muitos como o único sentido tecnicamente correcto da palavra. Note-se, no entanto, que na verdade tudo é muito recente neste domínio, dado que o estudo científico sistematizado do risco só se tornou significativo a partir dos anos setenta do séc. XX. Já no domínio da ciência económica esta ideia da medida do risco como o valor da esperança matemática vem mais de trás. Veja-se, designadamente, DOMAR/MUSGRAVE, *Income Taxation*, pp. 388-422 (e em certa medida a doutrina citada a pp. 393-394 n. 2). Entre os juristas, podemos dizer que semelhante noção estaria já subjacente à afirmação de EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 28, de que «o risco é exactamente a obrigação do segurador reduzida ao seu valor no momento da conclusão do contrato de seguro». E já estava presente em CHAUFFON, *Assurances*, p. 103, quando dizia que o risco seria «a obrigação reconduzida ao seu valor no dia da celebração do seguro».

269 Neste exemplo, seguem-se as regras a que obedece o jogo da roleta em Portugal. Cfr. a P n.º 217/2007, de 26 de Fevereiro.

0*(36/37). Ou seja, 36/37. Esta última maneira de fazer as contas tem em conta o que recebemos, e não o saldo do que recebemos por contraposição ao que pagamos. Neste jogo, como habitualmente acontece, *the house always wins*.²⁷⁰

A operação acima realizada é, em certa medida, uma simplificação, dado que, entre dois resultados idênticos, poderá ser identificado como mais gravoso para um dado sujeito, designadamente, aquele cujas extremas sejam graficamente mais pesadas (outros critérios poderão ser utilizados). Quer isto dizer que, se o impacto médio do resultado de duas situações de risco é de 0, mas na primeira as possibilidades são 2 (50%) ou -2 (50%) e na segunda são 2 (25%), 1 (25%), -1 (25%) ou -2 (25%), esta última será identificada como a menos gravosa.²⁷¹ E é evidente que o significado desta quantificação depende do (des)valor que decidirmos atribuir a cada um dos parâmetros, em todos os casos em que os parâmetros não tenham uma correspondência numérica indiscutida. No caso do jogo da roleta, o problema não se colocaria, mas as dificuldades multiplicam-se quando se trata de fazer corresponder números a vicissitudes da vida humana (dez cancros no estômago, em outros tantos pacientes, entenda-se, valerão mais ou menos do que uma única morte certa?). Este esboço é, no entanto, suficiente para o propósito que ora me ocupa.

Para além deste género de dúvidas quanto à quantificação dos parâmetros da equação, há ainda que ter em conta que, para o direito, tal como para a economia, nem sempre o risco deverá ser avaliado com base no conceito de esperança matemática. Vê-lo-emos melhor adiante.²⁷² Para já, interessa-nos apenas reter que, na teoria dos seguros, é a esperança matemática como medida do risco que está em causa quando, falando sobre o risco de seguro, nos referimos à sua diminuição ou ao seu agravamento ou, de uma forma geral, quando o avaliamos com vista ao cálculo do prémio a pagar pelo tomador como contrapartida da sua cobertura pelo segurador.²⁷³ Na avaliação do risco de seguro, a perspectiva a adotar é, portanto, a perspectiva do segurador.

270 Diversamente nos jogos de soma zero em que se defrontam dois (ou mais) jogadores com idêntica probabilidade de ganho e de perda: a probabilidade de ganho de um corresponde a uma simétrica probabilidade de perda do outro (e vice-versa). Cfr. HENSSLER, *Risiko*, p. 5.

271 Para a crítica de que a referida medida do risco não tem em conta esta distinção, veja-se, por todos, KARTEN, *Unsicherheit*, p. 22. O autor compara uma probabilidade de 1% da ocorrência de um dano de 1000 com uma probabilidade de 50% de ocorrência de um dano de 2.

272 É essa uma das principais teses de HENSSLER, *Risiko*, pp. 124-128 e 238-246. Sobre esta questão, cfr. *infra* o texto junto à n. 1084.

273 Análise mais adiante com maior pormenor a relação de troca que se estabelece entre os valores do prémio pago pelo tomador e da cobertura do risco pelo segurador. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1001.

«Constitui agravamento do risco a superveniência de circunstâncias que influam na probabilidade ou intensidade do sinistro, aumentando-as. Superveniência objectiva ou conhecimento delas posteriormente ao contrato pelo segurado.»²⁷⁴

Pelo contrário, estamos a usar o conceito de risco numa perspectiva colectiva, ou institucional, quando dizemos que a actividade seguradora tem utilidade económico-social na medida em que permite a agregação e consequente redução dos riscos de uma dada colectividade.²⁷⁵⁻²⁷⁶

É esta perspectiva, que considera o risco na sua vertente técnico-actuarial, que caracteriza a actividade seguradora globalmente considerada. A medida do risco será, nesta perspectiva, uma referência à maior ou menor volatilidade ou variabilidade do resultado contemplado. O risco é concebido como variando em função da probabilidade de a

274 MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 87.

275 VELOSO, *Risco*, p. 289, observa que não há diferença essencial entre aquilo a que é habitual chamar-se partilha de riscos (*risk sharing*) e o que chama a comunhão ou agregação de riscos (*risk pooling*). Segundo o autor, de uma forma geral, reservam-se estas últimas expressões para universos mais amplos, recorrendo-se à primeira sobretudo em contratos com um número reduzido de partes. Daí afirmar-se que há partilha de riscos entre o segurado e o segurador, mas que há comunhão ou agregação de riscos entre todos os segurados de um mesmo segurador, através deste. Mas não será exactamente assim. Basta ver que a lei dos grandes números funciona apenas nos tais universos amplos. A estes conceitos poderá acrescentar-se o de dispersão do risco (*risk spreading*). Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vorbem. II» p. 52 m. 1. O seguro pode ser um instrumento de dispersão ou de agregação de riscos (nem sempre os termos são usados com este sentido: por vezes são usados como sinónimos). O seguro será, tendencialmente, cada vez mais um instrumento de agregação de riscos. A agregação permite a compensação dos riscos: é um caso em que o todo é menor do que a soma das suas partes. O seguro será um instrumento de dispersão de riscos se a colectividade de segurados não se organizar por forma a permitir a sua compensação. Tradicionalmente, dizia-se que só seriam agregáveis riscos homogêneos e independentes. Já vimos, porém, que não será necessariamente assim (cfr. *supra* o texto junto à n. 227). Demonstrou-o por diversas vezes o mercado do Lloyd's de Londres. Pense-se num um contrato de seguro sobre as mãos de um grande pianista. Quando este risco é coberto, não ocorre a agregação dos riscos relativos a um elevado número de pianistas – trata-se de um risco único, de um género tipicamente coberto no mercado do Lloyd's de Londres. Por fim, mesmo sem agregação de riscos, o seguro teria sempre utilidade, porque, ainda que não se reduza o risco global, os custos sociais de uma recolha de pouco dinheiro de um grande número de pessoas são consideravelmente inferiores aos da recolha de muito dinheiro de um número mais reduzido de pessoas. A isto acresce que um agente económico de maior dimensão é mais tolerante ao risco, por via da diversificação, do que um agente económico de menor dimensão. O limite é o da viabilidade económica da actividade seguradora. Um domínio onde esta é particularmente débil é o dos riscos catastróficos (cfr. *supra* o texto junto à n. 219).

276 Vejam-se ainda, noutro sentido, as referências ao fenómeno de «socialização» do risco, ou da responsabilidade civil, no contexto dos acidentes de viação, que, despersonalizando-se, passa de individual a colectiva, em LEITE DE CAMPOS, *SRC*, pp. 15, 21-22 e 58, n. 1. Cfr. ainda JOSSEERAND, *Droit Civil*, pp. 814-815; SINDE MONTEIRO, *Reparação*, pp. 36-37; e PINTO MONTEIRO, *Cláusulas de Exclusão*, pp. 58-62. Nestes autores, aparecem ideias de repartição do risco, mas não tanto da sua redução, no seguro de responsabilidade.

realidade vir a desviar-se do resultado previsto. E será tanto maior quanto maior for o grau de incerteza do resultado contemplado, e portanto quanto maior for a margem de erro da previsão.²⁷⁷ A este risco chama a doutrina «risco técnico de seguro» ou «conceito técnico de risco».²⁷⁸ Podemos dizer que é a terceira modalidade de risco relevante para a actividade seguradora, juntamente com o que chamei o risco primário e o risco seguro.

Disse atrás que a probabilidade será normalmente a extrapolação de um juízo de frequência relativa, que pode ser meramente lógico-matemático (probabilidade *a priori*) ou resultar da análise estatística de uma pluralidade de casos análogos e independentes

277 BICKELHAUPT, *General Insurance*, p. 5.

278 Cfr. HAX, *Wesen*, pp. 28-29, sobre o conceito técnico de risco (*versicherungstechnische Risiko*). O risco de que o segurado se liberta com o seguro – o risco seguro – deve distinguir-se do conceito técnico de risco suportado pelo segurador. O risco técnico de seguro é o que resta de incerteza após as operações de compensação de riscos baseadas na lei dos grandes números: é o risco, de certo modo empresarial, de que os recursos financeiros do segurador, onde sobressai o conjunto dos prémios que lhe foram pagos, não serão suficientes para suportar o conjunto das suas despesas, onde sobressai o conjunto das indemnizações que deverá pagar. Sobre o conceito técnico de risco, cfr. ainda ALBRECHT, *Risiko*, pp. 651-657; e GÜNTHER SCHMIDT, *Risikobegriff*, pp. 422-424. Este último autor distingue-o do que chama o «risco abstracto»: o risco de que o segurado se liberta ao contratar o seguro (sobre este, cfr. pp. 417-422). Este traduz-se na possibilidade, negativamente valorada, de uma perturbação nos meios de subsistência ou nos planos económicos do segurado, decorrente da verificação do sinistro, que dê azo ao nascimento de uma necessidade. São estas consequências económicas do sinistro que de que o segurador liberta o segurado, sem contudo as sofrer do mesmo modo, na medida em que o que este suporta é o risco técnico de seguro. Este risco abstracto corresponde ao que chamei «risco de seguro» ou simplesmente «risco seguro». Cfr. *supra* o texto junto à n. 61. Cfr. ainda SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 45-48; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 49-51 mm. 28-29. O autor afirma que a chamada «transferência de risco» não é uma possibilidade nem um desejo das partes. Começa por explicar que o risco concreto – de ocorrência de um incêndio, de uma inundação, de um acidente, de uma doença, da morte – não se transfere para o segurador. Há todavia o risco, que o autor qualifica como abstracto, mas que corresponde ao conceito de risco técnico de seguro, de pagamento da indemnização em caso de ocorrência do sinistro. Já vimos que o risco que corre o segurado não é o mesmo que o segurador suporta. Mas a explicação deste autor acaba por falhar o alvo, dado que enferma de uma deficiente compreensão da componente probabilística do conceito de risco, dado que afirma que o risco do segurado é sempre de metade/metade enquanto que o risco que o segurador assume com a celebração do contrato é muito menor, dado o funcionamento da lei dos grandes números. Ora, é falso que o risco do segurado seja sempre de metade/metade. A medida probabilística do risco elementar é exactamente a mesma para o segurado e para o segurador. Simplesmente, ao segurado de pouco ou nada lhe serve o conhecimento dessa medida, a menos que esteja perante a possibilidade de tomar uma decisão que envolva várias alternativas com medidas de risco distintas – alternativas de que não trata o seguro – enquanto que o segurador, dada a lei dos grandes números, pode agregar esse risco elementar num conjunto muito maior de riscos elementares, desse conjunto resultando um risco técnico de seguro muito inferior à soma de todos os riscos elementares por si contratualmente assumidos. A incompreensão do fenómeno da probabilidade de um caso isolado está longe de ser, ela própria, um caso isolado, mas a negação da sua possibilidade torna-se uma evidência, se pensarmos nas inúmeras circunstâncias em que os juízos de probabilidade de um caso isolado constituem um importante auxiliar da vida prática. BOREL, *Probabilités*, pp. 126-129. Decidimos cancelar um passeio e ir antes ao cinema em virtude da previsão do tempo. Optamos por um tratamento médico de execução mais aborrecida do que a de outro mas com menores riscos de efeitos secundários. Escolhemos viajar de comboio em lugar de levarmos o carro por causa dos maiores riscos de um acidente de viação. A situação é distinta quando se trate de um caso verdadeiramente único.

observados (probabilidade *a posteriori*). No mundo dos seguros, tal como no dia-a-dia, a grande maioria das vezes estaremos a lidar com esta última modalidade de juízos de probabilidade. Ora, numa como na outra, a análise do risco funciona com base na chamada lei dos grandes números – princípio geral da matemática, e mais especificamente da probabilidade e da estatística, segundo o qual a frequência de determinados resultados tende a estabilizar com o aumento do número de casos observados, aproximando-se cada vez mais dos valores previstos.

Dada a lei dos grandes números, a exposição do segurador ao risco – o grau de indeterminabilidade do resultado agregado do risco individual de todos os indivíduos por este segurados – é inferior à soma das exposições ao risco de todos eles – o grau de indeterminabilidade de cada um dos resultados individuais. Mais precisamente, permanecendo iguais todos os demais factores, a volatilidade ou variabilidade do resultado previsto, e consequentemente a exposição ao risco do segurador, variam numa proporção inversa à raiz quadrada do factor do aumento do número total de casos observados, ou seja, a percentagem da variabilidade diminui, embora lentamente, à medida a que aumenta o número de casos observados.²⁷⁹

Exemplifico: Sendo «U» o universo de casos análogos e independentes observados; «r» o risco actuarial; «v» a variabilidade ou volatilidade absoluta do resultado; «p» o resultado previsto; e tendo em conta que $r = v/p$, temos que, para $U = 100$, $r = 8/20 = 40\%$; mas que, para $U = 900$, $r = 24/100 = 13,33\%$. Ou seja, num universo de 100 casos observados, o resultado previsto poderia variar, para mais ou para menos, em 40%. Seria essa a volatilidade da previsão – a exposição do segurador ao risco. No entanto, aumentando o universo de casos observados para 900, o risco a que nos expomos reduz-se para apenas 13,33%. Isto porque, com o aumento do número de casos observados, embora aumente obviamente o total absoluto da perda prevista, diminui em simultâneo a margem de erro, o que optimiza a utilização dos recursos financeiros do segurador, permitindo-lhe reservar para futuros pagamentos um montante de liquidez mais aproximado do valor que irá, efectivamente, ter de desembolsar. Isto, seguindo o princípio segundo o qual «uma avaliação prudente tem de tomar em conta uma margem

279 Cfr. TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 35-36; e MEHR/CAMMACK, *Principles*, p. 19.

razoável para variações desfavoráveis dos diferentes factores, não podendo basear-se exclusivamente nas hipóteses consideradas mais prováveis».²⁸⁰

Não obstante o que acaba de ser dito sobre a natureza do risco actuarial, é importante não perder de vista que, embora o risco actuarial a que se expõe um segurador seja tanto maior quanto maior a variabilidade ou volatilidade do resultado globalmente previsto, o prémio a pagar em cada caso concreto será calculado, ou deverá sê-lo, tanto quanto possível, em função da probabilidade de ocorrência do sinistro e do grau de intensidade das suas possíveis consequências patrimoniais negativas – ou seja, em função do risco individual ou elementar medido na perspectiva neutra do segurador.²⁸¹ Mas não é menos certo que, se for elevada a volatilidade do resultado globalmente previsto pelo segurador, e consequentemente o seu risco actuarial, o segurador tenderá a presumir o pior, pelo que irá tender a contabilizar o prémio de cada contrato com base no cenário mais pessimista.²⁸² Note-se que quando digo que o prémio deverá ser assim calculado, não o faço numa perspectiva de injuntividade jurídica, mas somente de prudência económica.²⁸³

280 Art. 81.º/3 RGES. Cfr. ainda os arts. 70.º (tipos de provisões técnicas) e 77.º (provisão para desvios de sinistralidade) RGES. É a perspectiva da supervisão: pretende-se, com regras como estas, assegurar a solvabilidade das empresas de seguros. Cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 403-405.

281 Cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 99-100 n. 177. Veremos adiante que essa medida elementar e neutra do risco não corresponde ao valor do prémio comercial mas apenas ao chamado prémio líquido. Todavia, mantém-se a ideia de que é com base nessa medida que todos os cálculos devem ser feitos, sobretudo na perspectiva do segurador que procura uma gestão adequada. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1003.

282 PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, p. 19, asseverava, curiosamente, que «os actuários, em todo o mundo, limitam os seus estudos e o seu trabalho às observações demográficas, pretendendo desconhecer todos os outros ramos de seguros, pelo que só o ramo de vida é trabalhado em bases científicas, e empiricamente todos os outros seguros». Esta observação, porventura exagerada, não deixa de ser sintomática de um certo estado da arte em 1953. DONATI, *Trattato I*, pp. 14-15, declarava, por sua vez, que nos seguros de danos os dados estatísticos ao dispor dos actuários não eram tão detalhados e exactos como nos seguros de vida, pelo que nessas classes de seguros, muitas vezes, o cálculo do prémio era feito unicamente com base na média dos montantes pagos em cada um deles nos exercícios antecedentes. Já não será esse o panorama actual. Com efeito, o desenvolvimento da chamada teoria do risco, que na sua acepção moderna se considera ter tido início apenas em 1909, com a apresentação do primeiro modelo de um processo de risco, da autoria de FILIP LUNDBERG, no 9.º Congresso Internacional de Actuários, em Viena, só ganhou maior velocidade após a II Guerra Mundial. Cfr. KREMER, *Risikotheorie*, pp. 671-678. Todavia, o uso das técnicas actuariais ainda escapa, nos nossos dias, a certas classes de seguros, de que é exemplo paradigmático o seguro de crédito, mercê da volatilidade do risco de incumprimento de uma obrigação. Cfr. SILVA SANTOS, *Seguro de Crédito*, pp. 134-135 e 180-186.

283 Veja-se, a este propósito, a análise constante do *Gefabrengemeinschaft* de EGON LORENZ. O autor examina a questão da necessidade de um tratamento justo do risco no seio da comunidade de riscos a cargo de um segurador, não na perspectiva da necessidade de equivalência entre as prestações em cada caso concreto – a questão do preço justo – mas antes na perspectiva de aferir se o segurador terá o dever jurídico de tratar de igual modo os riscos iguais e de modo diferente os riscos diferentes, na medida da diferença, e o dever jurídico de calcular os prémios em função de factores técnicos de risco. Sobre a questão do preço justo, e em geral da equivalência entre o prémio e o risco, cfr. *infra* o

Poderá dizer-se que os seguradores procuram recorrer, sucessivamente, a duas práticas diversas, na avaliação do risco: (i) a definição rigorosa dos grupos de risco em que se baseiam; (ii) o ajustamento do coeficiente aplicado dentro de cada grupo de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso.²⁸⁴ Para a primeira, é fundamental a homogeneidade dos casos. Mas esta nunca é perfeita. A selecção das circunstâncias particulares de cada caso também envolve algum grau de falibilidade.

É preciso, no entanto, ter em conta que, pelo menos nos seguros de massa, seria impraticável uma rigorosa aferição do risco em cada caso concreto, pelo que os seguradores se contentam nesses riscos com a análise de um reduzido número de características de cada potencial novo caso, satisfazendo-se, em tudo o mais, com o funcionamento do princípio da mutualidade, que se basta com a equivalência global entre o valor dos prémios cobrados e o valor dos riscos homogéneos, ou até mesmo heterogéneos, assumidos na comunidade de riscos composta pelo conjunto dos seus segurados.²⁸⁵ Exemplo disso é o seguro de saúde, em que o custo dos casos mais

texto a partir da n. 981. O autor acaba por concluir pela inexistência de um dever constitucional ou civil de igualdade de tratamento em direito privado. Reconhece, contudo, a plena aplicabilidade do princípio do tratamento igual de riscos iguais no seio da comunidade de riscos, ou princípio da equidade actuarial, enquanto máxima da política negocial, entre outras razões, porque, se se cobrar o mesmo prémio pela assunção de riscos de diversa medida, aumentar-se-á o fenómeno da anti-selecção, afugentando-se os bons riscos e atraindo-se os maus, na medida em que essa prática equivale ao subsídio dos maus riscos pelos bons. J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 119-120, fora um clássico defensor da posição contrária, bem como, mais recentemente, embora sem mencionar a relação de fidúcia que era pressuposta por v. GIERKE, HOFMANN, *PVR*, p. 10. Defensor da tese de que o segurador tem o dever de tratamento igual dos tomadores é também JÜRGEN PRÖLSS, *Treuhänder*, pp. 530-535. Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vorbem. II» pp. 52-54 mm. 2-2b e § 1 p. 78 m. 22. O autor rejeita a teoria da fidúcia mas entende que o segurador está subordinado a um dever de optimização da relação entre prémio e prestação de seguro de que decorre, também, o dever de tratamento igual dos tomadores. Sobre a sua tese, cfr. *infra* o texto a partir da n. 853. Não choca que, por motivos de interesse público, se imponha por via de lei, a uma actividade para a qual se exige autorização administrativa, o cumprimento de deveres como este, pelo menos nalguns casos, mas não se trata de uma decorrência do contrato. Em França, a Lei de 13.07.1930 tornou obrigatórias uma série de práticas – o cumprimento de certas regras técnicas – até então voluntariamente adoptadas pela maioria dos seguradores, obrigando, entre outras coisas, à igualdade de tratamento entre todos os segurados. Cfr. COUILBAULT/ELIASBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, p. 79. Sobre o dever de igualdade de tratamento no direito institucional dos seguros alemão, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2156. Entre nós, impera a liberdade contratual. Cfr. o disposto no art. 52.º/1 e 2 LCS., que no entanto deverá interpretar-se em conjugação com o princípio constitucional geral de igualdade a que alude o art. 15.º/1 LCS.

284 Quem o explica é KNIGHT, *RUP*, pp. 216-218.

285 Cfr., nesse sentido, BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 37-38. BRINKMANN, *Zulässigkeit*, pp. 8-14, distingue o princípio da equivalência individual e o princípio da equivalência colectiva, explicando que, não obstante o interesse dos seguradores numa rigorosa aferição do risco relativo a cada caso concreto, sobretudo porque só o tratamento individualizado permitiria fazer face ao fenómeno da anti-selecção, pelo menos no domínio dos seguros de vida e de saúde um tal tratamento individualizado não é comercialmente atractivo, por demasiado caro, e a intervenção de um médico na fase negocial

arriscados é em parte suportado pelos casos de menor risco.²⁸⁶ Se assim se incentivam as práticas de anti-selecção, não é menos certo que, por vezes, este efeito poderá ser desejado ou até mesmo legalmente imposto por razões sociais.²⁸⁷ De qualquer modo, o fenómeno ocorre, necessariamente, em todos os seguros.

Já se disse que é o risco actuarial que caracteriza a actividade seguradora, globalmente considerada. Todavia, é importante clarificar e sublinhar que não é esse risco a nota necessária no contrato de seguro. Do ponto de vista do contrato enquanto texto que

aconteceria em apenas 1% dos casos. Por esse motivo, os seguradores resignam-se a confiar no funcionamento da lei dos grandes números e no princípio da equivalência colectiva dos riscos assumidos. Por isso entendem DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 127, porventura com algum exagero, que o prémio é o correspondente da média dos riscos homogêneos a cargo de um mesmo segurador. Na realidade trata-se antes do resultado da intervenção conjugada de elementos individuais e colectivos, nuns casos com maior pendor para os primeiros, noutros para os segundos, sendo certo que, como veremos, o prémio não é o correspondente do risco mas sim da sua cobertura pelo segurador. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 981.

286 BRINKMANN, *Zulässigkeit*, pp. 8-10, nota que, na medida em que os seguradores recorrem ao princípio da equivalência colectiva dos riscos assumidos, sem grande esforços no sentido de um tratamento individualizado do risco relativo a cada caso concreto, ocorre, na prática, um financiamento dos maus riscos pelos bons riscos, por assim dizer, na medida em que estes últimos subsidiam em parte o custo dos primeiros.

287 Cfr., neste sentido, WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 28. É o caso da já referida Lei n.º 12/2005, que proíbe toda a discriminação em função do património genético de cada pessoa (art. 11.º), vedando o recurso a testes genéticos, entre outras circunstâncias, no contexto específico da contratação de seguros de vida e de saúde (art. 12.º). Cfr. *supra* n. 207. Aqui o legislador, por um motivo de solidariedade social e porventura com uma intenção protectora do direito à ignorância, teve por bem impor este efeito de suportação colectiva dos riscos mais pesados. Veja-se, sobre o interesse das pessoas seguras numa proibição legal do recurso a testes genéticos, BRINKMANN, *Zulässigkeit*, pp. 12-14. EWALD, *Génétique*, pp. 539-555, desmistifica a ideia de que os seguradores teriam algum tipo de vantagem na multiplicação da informação ao seu dispor sobre as potenciais pessoas seguras. Explica que a questão não é de quantidade mas de qualidade. Que o interesse dos seguradores, nos seguros de massa, é tratar um número reduzido de informação pertinente. E que mesmo antes do aparecimento da genética os seguradores nunca sonharam em submeter as potenciais pessoas seguras a toda a espécie de exames que a ciência anteriormente já disponibilizava. A grande questão é a de saber se as potenciais pessoas seguras serão ou não obrigadas – ou autorizadas – a divulgar dados genéticos que já sejam do seu conhecimento e não a de saber se serão obrigadas a fazer novos testes para conhecerem novos dados sobre a sua saúde (ou falta dela). O mercado não conduz, portanto, a uma necessidade de proteger o direito à ignorância. Esta é em todo o caso uma preocupação com o futuro, dado que por enquanto a genética ainda quase não faculta informação que possa relevar para a actividade seguradora, salvo em casos raros como o da doença de Huntington. O autor sustenta que, ao direito dos seguros parece suceder um direito aos seguros, em virtude do lugar que a actividade seguradora tem vindo a ocupar na vida quotidiana. Simplesmente, a ideia de equidade actuarial consiste em fazer de modo a que a contribuição de cada um para a mutualidade corresponda exactamente ao seu risco: a fazer com que cada um pague pelo seu risco. Nem mais, nem menos. Por princípio, não deverá haver lugar ao subsídio de uns pelos outros. O autor observa que o seguro mobiliza várias noções de solidariedade. Em primeiro lugar, a ideia de que a participação numa mutualidade organizada traz um valor acrescentado para todos os seus membros, multiplicando a força individual e colectiva da poupança. Em segundo lugar, por vezes, a ideia de que, ao estabelecer certas classes de riscos, mutualizando-os em torno de uma única média, poderá organizar subsídios cruzados, que se compensem reciprocamente. Dá o exemplo das catástrofes naturais. Um terceiro sentido da solidariedade já seria em princípio estranho à actividade seguradora: a solidariedade de assistência:

produz efeitos jurídicos, o que interessa é o risco de que trata o contrato. Só o risco elementar – o risco seguro – é nota necessária no contrato de seguro.

Analisemos um exemplo que demonstra bem o acerto desta afirmação. De um universo de mil homens de negócios, iriam ser sorteados dez para servirem como soldados na guerra. Todos eles se seguram junto do mesmo segurador contra a perda de rendimentos que a selecção implicaria. Para o segurador não existe qualquer risco, numa perspectiva global, pois pode determinar com absoluta certeza que irá pagar dez indemnizações, suponhamos que de valor predeterminado. A probabilidade de selecção de cada um deles é de 1/100. Simplesmente, isto pouco significado tem para o risco de cada um dos segurados, visto que esta informação não lhes serve para preverem o que irá ocorrer a cada um deles, e só teria interesse se estes pudessem escolher entre a pertença a um

posterior à verificação do infortúnio. Quando se fala de solidariedade a propósito dos dados genéticos é importante determinar a qual destas modalidades se faz referência. Na Europa, o acesso aos cuidados médicos é em geral assegurado por esquemas de segurança social, sendo esse acesso independente da dimensão do risco individual de cada um, e não por esquemas de seguros privados. Cfr. o exemplo do seguro escolar, *infra* no texto a partir da n. 707. Será que, para além de um direito geral de acesso aos cuidados de saúde propriamente ditos, o ordenamento jurídico deverá assegurar ainda um direito geral de acesso ao seguro? É muito duvidoso. Veja-se a diferente natureza dos bens representados pelos diferentes tipos de seguros: vida e saúde. É perigoso um mercado em que os melhores riscos tenham necessariamente de subsidiar os maus, visto que afugentará os primeiros na mesma medida em que atrairá os últimos. Não é a mesma coisa estender a mutualização em benefício de certos riscos agravados através do recurso a técnicas apropriadas e reconstruir toda a actividade seguradora a partir do problema específico dos riscos agravados pondo em causa o princípio fundamental da declaração do risco. Cfr. *supra* n. 207. Cfr. ainda, para um exemplo extremo e porventura até inconstitucional deste género de imposições legais, o disposto no art. 4.º/c) da Lei n.º 46/2006. de 28 de Agosto. Esta lei veio proibir a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde em diversos sectores da economia, e designadamente na celebração de quaisquer contratos de seguro. Cfr. agora o disposto no art. 15.º LCS. MAURON, *Médecine Prédictive*, pp. 307-309, expõe o conflito de valores entre o princípio, puramente formal, da equidade actuarial, que propugna o tratamento igual do igual e o tratamento diferente do diferente, na medida da diferença, e a justiça social, que exige mais do que isso, repousando sobre um princípio de igualdade entre todas as pessoas, igualdade de direitos e não de circunstâncias, uma igualdade ética e não factual. A igualdade não nega que, factualmente, os indivíduos partem de situações muito diversas entre si, mas, precisamente porque essas desigualdades existem, a justiça social exige sejam compensadas. Diferenças entre os seguros privados e a segurança social: Cidadão: igualdade de direitos, justiça distributiva, segurança social. Consumidor: desigualdade de situações individuais, equidade actuarial, produtos de seguro oferecidos no mercado. O autor entende que, pelo menos nos países onde a saúde não é entendida como um direito de todo o cidadão – em que não existe um serviço nacional de saúde – há um imperativo de justiça que impede que se recorra à discriminação em função dos dados genéticos para recusar a alguns o bem de primeira necessidade que é um seguro de saúde. Esse imperativo de justiça não existe em nenhum dos outros casos, designadamente, nos seguros de vida. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, pp. 435-436, vem por sua vez acrescentar que, nos países que reconhecem e asseguram aos cidadãos um direito aos cuidados básicos de saúde, esse imperativo não existe, na medida em que não cabe aos seguradores a disponibilização desse bem de primeira necessidade, mas apenas complementá-lo com produtos mais completos. Com efeito, há que distinguir claramente o seguro privado, baseado na mutualidade, e o seguro social, baseado na solidariedade. Neste sentido, DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 7-8.

grupo diferente, caso em que escolheriam aquele em que o resultado nefasto fosse mais improvável – e não é essa a situação em apreço. Na perspectiva colectiva, contudo, o conhecimento antecipado da probabilidade de selecção teve o significado de eliminar totalmente o risco actuarial do segurador, dado que a volatilidade do resultado previsto é nula. Não creio que este facto tenha alguma influência na qualificação dos contratos celebrados como contratos de seguro, pelo que, independentemente da improbabilidade de verificação prática do exemplo, que não influi na justeza do raciocínio, sou levada a concluir que este risco colectivo ou institucional não é elemento constitutivo de cada um destes contratos de seguro.

Isto não significa que o risco colectivo ou institucional de um segurador não constitua por vezes a matéria prima do risco individual ou elementar de um único contrato. Será esse o caso nalguns, mas não em todos, os contratos de resseguro.²⁸⁸ Designadamente, o de alguns dos chamados tratados de resseguro, ou seja daqueles contratos de resseguro em que o ressegurador aceita a «transferência», em bloco, do risco associado a todos os contratos de seguro de um ou mais ramos determinados subscritos pelo ressegurado.²⁸⁹ De alguns, porque nem sempre isso acontece, mas será esse o caso, designadamente, dos tratados de resseguro por excedente (*aggregate excess loss*), em que o ressegurador suporta o risco apenas na parte que exceder determinado montante, que constitui em geral aquilo que se denomina o pleno do segurador ressegurado, obrigando-se o ressegurador à sua prestação apenas quando o total de indemnizações num dado período exceder esse pleno.

Nestes casos, o risco transferido no tratado de resseguro é o risco colectivo ou institucional a que me referia há pouco. Simplesmente, em cada um destes tratados, esse risco é também um risco elementar, visto que, no mercado do resseguro, corresponderá a uma «unidade de risco» elementarmente considerada e tratada, no sentido de que é o risco individualmente suportado por aquele segurador, e que pelo contrato é individualmente «transferido» para o ressegurador.

288 Para o regime do contrato de resseguro, cfr. os arts. 72.º a 75.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 430.º CCom.

289 HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 258-280. Cfr. ainda MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 407-409. Nestes tratados de resseguro, não se justifica recorrer ao disposto no art. 75.º/2 LCS. A possibilidade de atribuição a terceiros, pelo segurador, da titularidade ou do exercício de direitos que lhe advenham do contrato de resseguro tem em vista os casos de contratos de resseguro em que se ressegurem, de forma discriminada, os riscos cobertos num ou mais contratos de seguro.

2.3.2. Pureza

Vimos que, para podermos falar de risco, e não somente de incerteza, as possibilidades de ocorrência e de não ocorrência do resultado contemplado deverão ser diversamente valoradas pelo sujeito do juízo de risco, no sentido de que uma delas será negativamente valorada se contraposta à outra.²⁹⁰ Mas há pelo menos duas formas distintas de encarar essa contraposição de valor.

Dizem os economistas que o risco de seguro é essencialmente «puro», porque as alternativas comparadas são a ocorrência e a não ocorrência de um único resultado negativamente valorado (x e não- x). Dizemo-lo assim para simplificar, mas em rigor não precisamos de nos limitar a uma classificação dicotômica, podendo comparar-se toda uma polaridade de possibilidades entre a não ocorrência e diversos valores da ocorrência de um resultado negativamente valorado.²⁹¹ Ao risco puro opõe-se o risco «especulativo», de que falamos quando as alternativas que comparamos comportam possibilidades de perda, mas também de ganho (x , y e z ou de x a z , conforme as possibilidades sejam discretas ou contínuas).²⁹² Também neste caso podemos estar perante uma polaridade entre diversos valores de perdas ou de ganhos, passando pela eventualidade do que podemos chamar o empate, situação em que não há perdas ou ganhos a reportar, ou em que estes se anulam reciprocamente. Importante é reter que a distinção entre ambos não se encontra neste plano.

O que separa o risco puro do risco especulativo é a perspectiva a partir da qual se observa uma realidade que pode ser uma única em ambos os casos. Pense-se num contrato de compra e venda de um cavalo de corrida. A chamada transferência do risco determina que o risco de deterioração ou perecimento da coisa passe a correr por conta do comprador, no que respeita às atribuições primárias das partes.²⁹³ Inversamente, também

290 Bem se vê que não se usa aqui os termos «risco» e «incerteza» no sentido que lhes deu KNIGHT. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 157. Refiro-me à incerteza como possibilidade, por contraposição ao risco, que exige ainda o desvalor de um dos resultados contemplados como possíveis em comparação com o(s) demais.

291 Embora num contexto distinto, uso o termo «polaridade» na senda de PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 222-226.

292 Cfr. HAX, *Wesen*, pp. 17 e 21-22. O autor afirma que os riscos especulativos caem fora do domínio da actividade seguradora; que só os riscos puros são seguráveis. HENSSLER, *Risiko*, p. 249, sublinha a insegurabilidade dos riscos especulativos.

293 Cfr. o art. 796.º CC. Sobre a transferência do risco, cfr. *infra* n. 325.

correrá por sua conta o «risco» de uma valorização súbita da coisa. O comprador poderá segurar a coisa, mas apenas contra o primeiro desses riscos. Para o seu contrato de seguro a última possibilidade não releva enquanto ganho mas somente enquanto «não-perda».²⁹⁴ O que não significa que, ele próprio, ao comprar o animal, não tivesse contemplado o negócio, essencialmente, de uma perspectiva especulativa, na medida em que terá certamente comparado os riscos de perda e de ganho antes de tomar a sua decisão. Já ao segurador só interessa calcular a probabilidade de perda face à de não-perda, sendo-lhe absolutamente indiferente saber se o valor de mercado se mantém na mais absoluta estabilidade ou se, em resultado da sua prestação, aumenta exponencialmente o seu valor de mercado.²⁹⁵

A distinção entre as concepções pura e especulativa do risco é em tudo semelhante à habitualmente traçada entre os conceitos jurídicos de «risco» e de «álea».²⁹⁶ Podemos chamar ao primeiro dos conceitos «risco puro», ou simplesmente «risco», e ao segundo «risco especulativo», ou simplesmente «álea».²⁹⁷ A opção é de preferência terminológica.²⁹⁸

A distinção entre estas concepções é fundamental. Mas nesta matéria são frequentes as confusões conceptuais.²⁹⁹ Há inclusivamente quem se refira a um «risco aleatório» próprio dos contratos de seguro.³⁰⁰ Não são muito claras, de um modo geral, as afirmações

294 BUTTARO, *Assicurazione*, p. 451.

295 Isto, no pressuposto de que o capital seguro foi inicialmente definido em função do valor do cavalo ao tempo da celebração do seguro, não variando o montante da indemnização com a posterior subida do valor do cavalo.

296 Sobre a distinção, veja-se BOSELLI, *Alea*, p. 469; NICOLÒ, *Alea*, p. 1024; PESSOA JORGE, *Obrigações*, pp. 627-629; ou PEDROSA MACHADO, *CCG*, pp. 59-60.

297 A palavra «álea» provém do latim «*alea*», que significa «dados» (de jogar). Aparece-nos com esse sentido, nomeadamente, na expressão latina *alea jacta est* (os dados estão lançados).

298 A doutrina jurídica lusa segue a tradição franco-italiana de contrapor «risco» e «álea». A doutrina da ciência económica – e as doutrinas anglo-americana e germânica – contrapõem o «risco puro» ao «risco especulativo».

299 Veja-se, por exemplo, BIGOT, *Aléa, maxime* pp. 208-211, que vê na álea, que define como sinónimo de incerteza, um limite de segurabilidade do risco. Não se percebe como a álea, no sentido de incerteza, poderia funcionar como um limite de segurabilidade do risco, visto que, sem incerteza, no sentido em que usa a palavra, não há, pura e simplesmente, qualquer risco. Maior perplexidade provoca a circunstância de o autor, sem distinguir, a analisar de uma penada a álea própria dos contratos aleatórios e a álea que seria característica do risco de seguro. Põe em dúvida que o seguro seja um contrato aleatório, dado a ocorrência ou não ocorrência do sinistro não equivaler a um ganho ou a uma perda para qualquer das partes, e parece concluir que a álea, no seguro, deveria estar no risco, e não no contrato. Não posso acompanhá-lo nas suas conclusões. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1031.

300 LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 169, chega a afirmar que «só um risco aleatório pode ser objecto de um seguro». Entre nós, dão a aleatoriedade como característica necessária do risco de seguro, designadamente, MENEZES CORDEIRO, *Anteprojecto* (art. 48.º); e ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 58; e *Relatório*, p. 96.

relativas à suposta aleatoriedade do risco. Se o sentido dado ao termo «aleatoriedade» for simplesmente o de incerteza, a afirmação é vazia de sentido, ou no mínimo pleonástica.³⁰¹ Se for o de «fortuitidade», veremos mais à frente que é pouco rigorosa.³⁰² Se a referência à aleatoriedade for uma referência à álea, no sentido jurídico comum, a afirmação será incorrecta, visto que o risco de seguro é um risco puro, e não um risco especulativo. O que não significa que o contrato de seguro não seja um contrato aleatório.³⁰³ Nego a aleatoriedade ao risco de seguro, mas não ao contrato de seguro.

É importante distinguir, no seguro, o risco (puro) a que se pretende fazer face com a celebração do contrato de seguro, do risco contratual ou álea, que numa das suas acepções equivale à incerteza económica própria de todos os contratos, decorrente da cristalização do estipulado em face das alterações do mundo exterior, e que numa outra acepção se refere à incerteza específica dos chamados contratos aleatórios, mas que em ambos os casos corresponde a um risco especulativo.³⁰⁴ Exemplos de álea, no primeiro sentido, dentro e fora do domínio dos contratos, são a incerteza inerente à abertura de uma loja, face ao desconhecimento do futuro comportamento do mercado, a incerteza inerente à compra de um pacote de férias, face ao desconhecimento da evolução dos preços entre a data da compra e a data da partida, a incerteza inerente à compra de moeda estrangeira, face ao desconhecimento das flutuações na taxa de câmbio, a incerteza

301 Será, porventura, com este sentido que a lei emprega o termo nas suas referências ao «evento aleatório». Cfr. os arts. 1.º e 173.º LCS.

302 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 331.

303 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1031.

304 Cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 12-15. O autor observa que em todo o negócio jurídico, quer se esgote no momento presente ou se projecte no futuro, existem factores de incerteza, responsáveis pelos riscos de surgirem desenvolvimentos inesperados susceptíveis de afectar os projectos e expectativas das partes. Nesse sentido, a celebração de todo o negócio jurídico implica a assunção de riscos. Sustenta, em seguida, que a ciência do direito conhece certos tipos contratuais em que o risco não está presente simplesmente pelo seu potencial de perturbação do negócio, antes se converte em seu objecto, constituindo o seu sentido e fim (*ihren spezifischen Sinn und Zweck*). Acrescentaria que estes últimos são os nossos contratos aleatórios. Para uma contraposição de ambos os sentidos jurídicos de «álea», cfr. BOSELLI, *Alea, maxime* pp. 471-473 e 475-476. Sobre o segundo sentido, de álea própria dos contratos aleatórios, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1045. Quanto ao primeiro, de álea comum à generalidade dos contratos, cfr. OST, *Tiempo*, pp. 597 e 605. O autor afirma que o tempo é «o elemento decisivo da economia contratual» e caracteriza o contrato como «a antecipação do que virá» – «o futuro irremediavelmente comprometido» (p. 597). VELOSO, *Risco*, p. 290, nota que nenhum contrato é completo, porque as partes não conseguem prever e regular todos os eventos futuros susceptíveis de afectar a sua execução, do que resulta que, sendo os contratos «instrumentos de prevenção e redução de riscos», acabam também por ser «factores de criação de novos riscos». Daí poder dizer-se que, num certo sentido, todas as regras jurídicas civis, bem como todas as cláusulas contratuais, têm por efeito a distribuição ou redistribuição do risco. Neste sentido, MÚRIAS/PEREIRA, *Prestação de Coisa*, p. 3; e GUIA PEREIRA, *Distribuição do Risco*, p. 96. Sobre a distribuição legal e contratual do risco, cfr., por todos, HENSSLER, *Risiko*, pp. 23-282.

inerente à contratação de um jogador de futebol, face ao desconhecimento da sua futura prestação na equipa. No segundo sentido, temos como exemplo paradigmático a incerteza própria do jogo. Neste último sentido, como melhor veremos adiante, a álea é estipulada.³⁰⁵

O risco especulativo é gerido por via do recurso a outras técnicas que não o seguro.³⁰⁶ É importante notar que assim é ainda que esteja na base do seguro um risco comercial.³⁰⁷ Mesmo nesse caso, o risco coberto pelo segurador é um risco puro: as únicas alternativas contempladas são a perda – que poderá assumir variadíssimos valores – e a «não-perda». Isto apesar de, na actividade que está concretamente na base do risco, esta incerteza poder estar inserida no contexto de um negócio cujo risco é de natureza essencialmente especulativa. O mesmo é dizer que o risco pode ter sido criado no contexto de uma actividade especulativa, *v.g.*, o risco do incumprimento da contraparte inerente à celebração de um contrato obrigacional.³⁰⁸ Mas o risco coberto pelo segurador é apenas o risco puro: a incerteza sobre se irá ou não ocorrer uma perda. Eventuais benefícios decorrentes dessa mesma actividade não serão partilhados com o segurador.

A distinção entre o risco puro e o risco especulativo, ou entre o risco em sentido estrito e a álea, risco contratual, gera por vezes dificuldades. Há quem se refira ao risco como a probabilidade de um dano para o contrapor à álea, que indica um estado em que é possível que ocorra tanto uma vantagem como uma desvantagem. Mas afirma-se por vezes, neste contexto, que álea e risco são «género e espécie» da mesma expressão da incerteza relativa à produção de determinados efeitos.³⁰⁹ A esta ordem de ideias subjaz o entendimento de que o conceito de risco reflecte apenas a «metade» negativa da situação de incerteza que é, pelo contrário, examinada na sua totalidade quando se fala em álea.³¹⁰ Com efeito, estas referências a género e espécie são indicativas de que o juízo de risco

305 Cfr. *infra* o texto junto à n. 357.

306 HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 170-171; PICARD, *Risques*, pp. 17-19; e BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 448 e 451. O autor exclui a segurabilidade do «risco favorável».

307 Pense-se, por exemplo, no seguro sobre o lucro esperado e sobre os frutos pendentes a que fazia referência o art. 432.º/4 e 5 CCom.

308 VELOSO, *Risco*, p. 291, observa que o seguro de riscos de crédito tem precisamente por objecto a cobertura dos riscos internos dos contratos celebrados pelo segurado.

309 PEDROSA MACHADO, *CCG*, p. 59. O mesmo sustenta VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 105.

310 Nesse sentido, MÄSCH, *Chance und Schaden*, p. 95, que sustenta que o risco (puro) tem como contraponto a possibilidade de ganho que está no lado positivo do risco especulativo, correspondendo ambos às duas faces da mesma medalha, enquanto factores interdependentes que só em conjunto podem analisar-se.

estaria inteiramente contido dentro do juízo de álea, que aquele corresponderia apenas ao lado negativo deste último. Mas não é assim. Risco e álea correspondem antes a duas perspectivas diversas sobre uma factualidade antecipada que pode até ser a mesma. E também no juízo de risco existe um lado positivo, ou melhor um reverso positivo, visto que todo o juízo de desvalor é relativo, pressupondo uma alternativa que, relativamente à primeira, será positivamente valorada. Se o risco é puro, é a situação de não perda que será positivamente valorada.

Por vezes, por detrás de certas afirmações de insegurabilidade do risco especulativo – que em si mesmas são verdadeiras – fica a sensação de existir alguma incompreensão, por parte dos seus autores, da possibilidade de existência de uma identidade da realidade subjacente a dois juízos de risco distintos.³¹¹ Quando se diz que não pode segurar-se um risco especulativo, não quer com isso negar-se a possibilidade de celebração de um seguro em todos os casos em que o tomador também tem uma possibilidade de ganho em contraposição a uma possibilidade de perda. Nesses casos, é claro que o seguro também pode ser contratado, desde que o contrato de seguro só respeite à possibilidade de perda, sendo desconsiderada a possibilidade de ganho, ainda que existente. Trata-se de dois juízos de risco distintos, e há segurabilidade quando o juízo de risco puro é formulado, ainda que ocorra, em paralelo, um juízo de risco especulativo sobre a mesma realidade subjacente. Regressarei a este tema quando tratar a questão da natureza aleatória do contrato de seguro.³¹²

2.3.3. Exogeneidade

Há uma outra importante característica do risco de seguro que o diferencia, simultaneamente, da álea ou risco contratual próprio dos contratos em geral e da álea ou risco contratual próprio dos contratos aleatórios, como o jogo e o próprio seguro. Esta última observação poderia parecer um contrassenso, não fora dar-se o caso de não ser pela presença do risco de seguro, mas sim pela presença desta última modalidade de risco, igualmente presente nos contratos de seguro, que este se conta entre os contratos aleatórios.³¹³ É que o risco característico dos contratos aleatórios é tipicamente criado a

311 Cfr. *supra* n. 292 (*in fine*).

312 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1031.

313 Sobre os contratos aleatórios, veja-se *infra* o texto a partir da n. 981. Sobre a caracterização do seguro como um contrato aleatório, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1029. Sobre os contratos aleatórios, veja-se

partir do nada pelo próprio contrato, com um intuito essencialmente lúdico e/ou especulativo, ao passo que no seguro poderá de certo modo dizer-se que o risco «é» anterior e independente do contrato.³¹⁴ Quando se diz que o risco de seguro «é» anterior e independente do contrato, pretende-se, por conseguinte, deixar clara a sua distinção da álea, que, como vimos, numa das suas acepções equivale à incerteza económica própria de todos os contratos, decorrente da cristalização do estipulado em face das alterações do mundo exterior, e que numa outra acepção se refere à incerteza específica dos contratos aleatórios.

A razão de ser das aspas está em que, mais uma vez, só por simplificação pode afirmar-se a anterioridade e independência do risco de seguro, já que não há, na verdade, identidade entre o risco anterior e independente do contrato e o risco efectivamente coberto pelo seguro.³¹⁵ O risco de seguro é, em parte, o resultado de um juízo que alguém formulou antes mesmo de pensar em celebrar o contrato, individualmente considerado, por via do qual irá fazer face a esse risco, consistindo o seguro num de vários mecanismos possíveis de gestão desse risco. Ora, esse risco não é totalmente idêntico ao risco seguro

infra o texto a partir da n. 981.

314 Neste sentido, C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta*, p. 24. Nesta secção, distingue-se entre o seguro e o jogo com base na natureza exógena do risco de seguro por oposição à natureza endógena do risco próprio do jogo e dos demais contratos aleatórios – entre os quais se inclui o seguro. Todavia, há situações em que se esbatem as diferenças entre ambos, se atentarmos, não aos exemplos do seguro e do jogo, em que a distinção se mantém nítida, mas a apenas alguns dos muitos exemplos em que poderíamos pensar no contexto da negociação em bolsa. Pense-se no mercado dos derivados. Estes surgiram, originariamente, com uma função de gestão de riscos: para se precaverem contra as flutuações de preços agrícolas, os agricultores começaram a vender a prazo, antecipadamente, parte da sua colheita, por um preço que compensasse as despesas realizadas nesse ano, limitando os riscos corridos à outra parte da colheita. Mas aos poucos esta função foi caindo em desuso, e o agricultor foi dando lugar ao especulador. Hoje em dia, pode negociar-se um derivado tomando como activo subjacente algo de meramente imaginado, por exemplo um índice, tendo-se perdido por completo, nestes casos, o carácter real do activo subjacente. E a própria lei o reconhece, ao admitir que os derivados possam ser utilizados para fim diverso da cobertura de riscos, como se retira do disposto no art. 333.º CVM. Sobre esta evolução, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Derivados*, pp. 44-51. Cfr. ainda AMADEU FERREIRA, *Futuros e Opções*, pp. 122-123. Nestes casos, ficciona-se o risco exógeno sobre o qual o contrato é construído, sendo apenas «real» o risco endógeno que se cria com a celebração deste contrato aleatório. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos de Troca*, p. 220, sublinha que a especulação tende a assegurar a liquidez necessária à alimentação do mercado, tornando-o assim mais apto a responder às necessidades de gestão de risco de quem a ele recorre com esse propósito. No que concerne à indústria seguradora, embora existam actualmente produtos sem a presença – real ou artificial – de um risco, esta fronteira continua bem nítida no domínio dos contratos de seguro em sentido próprio, em que o risco continua a ser nota necessária, pelo que não mais abordarei este tema. Sobre o que entendo por contrato de seguro em sentido próprio, cfr. *infra* a partir da n. 356. Sobre os contratos diferenciais, cfr. ainda *infra* n. 1093.

315 Esta distinção é diversa da que tracei entre o risco primário e o risco de seguro. Nesta sede analiso unicamente o risco de seguro. Sobre essa distinção, cfr. *supra* o texto junto à n. 62.

propriamente dito – o risco que veio a tornar-se elemento do contrato de seguro efectivamente celebrado pelo sujeito do juízo de risco. Os contornos do risco de seguro são os estipulados pelas partes, o que significa que este é necessariamente distinto do anterior, embora possa ter na sua base danos da mesma espécie e valor daqueles cuja antecipação motivara o juízo de risco que preexistiu ao contrato.³¹⁶ Com esta ressalva em mente, facilmente se compreende aquilo a que me refiro quando afirmo que o risco de seguro é um risco exógeno ao contrato: é que, embora fazendo parte do seu texto, este faz referência a algo que lhe preexiste já enquanto risco, não sendo criado a partir do nada, como é tipicamente o caso do risco próprio do jogo.

«O seguro é por vezes assemelhado ao jogo porque, num como no outro, uma parte pode abdicar de muito mais do que recebe. Porém, de um ponto de vista económico, o jogo e o seguro são precisamente o oposto um do outro. O jogo cria um novo risco onde nenhum existia, enquanto o seguro é um método de eliminação ou redução drástica de um risco preexistente.»³¹⁷

Para simplificar – não me oponho a semelhante simplificação – diz-se que há no seguro uma «transferência do risco» do segurado para o segurador, o que, literalmente, quererá dizer que as partes estipulam a transferência ou imputação, total ou parcial, das consequências patrimoniais de um dado risco, da esfera patrimonial do segurado para a esfera patrimonial do segurador. Refiro-me ao risco na perspectiva elementar, está claro, uma vez que, na perspectiva institucional, se fala antes na agregação e consequente redução do risco, mediante o mecanismo da compensação próprio da mutualização. Todavia, esta simplificação só se admite se for acompanhada da consciência de que, em rigor, não ocorrem, por via do seguro, quaisquer alterações na exposição do segurado ao

316 VELOSO, *Risco*, pp. 280-285, fala no fenómeno da transformação dos riscos (económicos) em responsabilidades (jurídicas) por via da criação, legal ou contratual, de nexos de imputação de danos (potenciais) a pessoas que passam por esse efeito a ser por eles responsáveis. Sublinha que a passagem do «risco fáctico» à «responsabilidade jurídica» implica sempre «alguma limitação» (p. 281), no sentido de que a responsabilidade é sempre menos ampla do que o risco. Apela a que não se confunda «o risco da pessoa originariamente exposta ao dano com esses *riscos transformados* que são as responsabilidades jurídicas» (p. 283). Salvo quanto à qualificação do risco como «fáctico», adiro a estas observações do autor.

317 TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 61. Cfr. ainda, no mesmo sentido, ou seja, vincando a relação de oposição, HAX, *Wesen*, p. 31; e MAHR, *Einführung*, pp. 69-70. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1114.

risco. Salvo, bem entendido, as possivelmente decorrentes de uma diferente atitude do segurado e de terceiros decorrente do novo sentimento de segurança subsequente à celebração do contrato de seguro.³¹⁸ Nem o segurador se coloca, por via do contrato, em posição anteriormente ocupada pelo segurado.³¹⁹

O risco anterior e independente do contrato de seguro é o risco de poder vir a fazer falta a um dado sujeito, por um qualquer motivo, a disponibilidade dos meios a cuja prestação, depois de se aperceber desta sua necessidade, irá procurar vincular um segurador. Este risco existe, enquanto juízo formulado por um dado sujeito, anterior e independentemente do contrato que irá celebrar-se para lhe fazer face. Embora haja quem qualifique a ocorrência do sinistro como um «dano», do ponto de vista do contrato de seguro o sinistro é apenas o facto, contratualmente previsto, que faz surgir o dever de prestar na esfera do segurador.³²⁰ Ou seja, a questão não é saber se um dado dever de prestar ainda vincula o seu titular ou se este deve considerar-se dele liberto, mas antes de saber se um dado dever de prestar chega a surgir na esfera do seu titular. Sendo certo que também este risco se relaciona com a prestação primária de um contrato, ele é profundamente distinto do risco contratual, na medida em que não configura uma perturbação nas circunstâncias relativas ao contrato mas, muito pelo contrário, embora configure em geral uma perturbação da realidade exterior ao contrato, no plano interno o risco corresponde ao próprio sentido desse mesmo contrato.³²¹

318 É o problema, já abordado, do chamado *moral hazard*. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 211.

319 SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 27, observa que o risco não pode ser transferido, porque não é uma realidade mas sim um juízo. A situação julgada arriscada permanece sempre na titularidade do segurado: o contrato de seguro limita-se a estipular um remédio económico com vista a um eventual dano, ou a prevenir o dano na medida em que as partes cooperariam na constituição de um capital. VELOSO, *Risco*, pp. 282-284, também alerta para a falta de rigor da expressão «transferência do risco». Afirma que «[a] penúria da linguagem de análise cria perigos de séria confusão quando se fala de transferência do risco pressupondo que o risco seja *idêntico* em ambos os termos de uma dada relação de transferência» (p. 283). Sublinha que estas referências são apenas metáforas, porque os riscos não se transferem em sentido próprio, extinguindo-se uns na esfera de um sujeito e criando-se outros, relativos a danos da mesma espécie e valor, na esfera de outro sujeito. Note-se que, em rigor, os riscos não se extinguem na esfera do segurado, apenas se transformam, com a celebração do seguro.

320 Sobre a questão da qualificação (ou não) da ocorrência do sinistro, ou das suas consequências, como um dano, cfr. *infra* o texto a partir da n. 510.

321 HENSSLER, *Risiko*, pp. 12-15. Cfr. *supra* n. 304. A jurisprudência vinca bem esta distinção, ao determinar que, nos seguros de responsabilidade civil, como nas demais classes de seguros, a responsabilidade do segurador não pode ir além do capital seguro, não se tratando a sua estipulação de uma cláusula de limitação ou exclusão da responsabilidade civil, visto estar em causa um dever primário de prestar e não um dever de indemnizar. Cfr. os Ac. STJ 18.05.1989; e Ac. STJ 17.01.1990. Neste último, o tribunal esclarece ainda que o limite do capital seguro não abrange os juros de mora no pagamento da indemnização que o segurador venha a ser condenado a pagar, dado que estes configuram já uma situação de responsabilidade civil do próprio segurador. EICHLER, *Zivilrecht*, p. 194,

É exemplo do risco contratual próprio dos contratos em geral o risco financeiro existente nos (chamados) seguros de capitalização, que funcionam como um produto de investimento, e em que há um risco especulativo que é estipulado, criado pelo próprio contrato.³²² O risco financeiros e o risco de seguro correspondem a duas espécies diferentes de risco, embora possa actualmente dizer-se, em certa medida, que as diferenças práticas entre ambos se esbatem no mercado actual, dado que, por um lado, as técnicas financeiras de transferência de risco de seguro desafiam cada vez mais os limites da segurabilidade e, por outro lado, no caso das grandes empresas, os mecanismos de auto-seguro associam os riscos de seguro e os riscos financeiros no seio de uma gestão de risco integrada.³²³

É exemplo do risco contratual próprio dos contratos aleatórios o risco de o tomador pagar o prémio e o resultado negativamente valorado não chegar a produzir-se ou, visto pelo lado oposto, o risco de o segurador pagar uma indemnização muito superior ao prémio por si recebido. Esta álea é criada pelo contrato de seguro a partir do nada. Distingue-se do risco anterior e independente do contrato de seguro. O que não significa que ambas as realidades não se interliguem. Muito pelo contrário, no seguro, a álea é o resultado da «transferência» do risco de seguro, do segurado, para o segurador. E essa álea pode, por sua vez, constituir o risco preexistente de um novo contrato de seguro, visto que o segurado pode fazer segurar por outrem o prémio do seguro.³²⁴ Aqui, a álea criada pelo primeiro contrato de seguro é tomada como um risco contra o qual se segura, ou seja, como um risco de seguro, mas as perspectivas continuam a ser distintas, na

nota a importância de ter em conta que, no domínio dos seguros, o dever de indemnizar é, na verdade, um dever (primário) de prestar, e não um dever (secundário) de indemnizar, como no direito da responsabilidade civil. Sobre a distinção, vejam-se, entre nós, GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, pp. 213-249; e, mais recentemente, o *Dever de Prestar* de PEREIRA/MÚRIAS. Não se ignora que vários autores portugueses defendem uma «identidade normativa» entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Contudo, mesmo para os defensores da «identidade normativa», esta não excluiria a existência de uma certa distinção entre os dois deveres. Cfr., por exemplo, C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 426-429. Sobre a inaplicabilidade, ao dever (primário) de prestar do segurador, do disposto nos arts. 562.º a 572.º CC, veja-se *infra* o texto junto e a própria n. 1764.

322 Cfr. o que dispunha o art. 2.º/1/c) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, e o que dispõe o art. 185.º/1/e) LCS (sobre o rendimento mínimo garantido). Nestes casos, o risco é partilhado.

323 É a posição de PICARD, *Risques*, pp. 15-25. O autor refere-se ainda à chamada «transferência alternativa de riscos», correspondente à variedade de técnicas de cobertura de riscos de seguro que permitem actualmente transferir algumas das modalidades tradicionais de risco de seguro para os mercados financeiros.

324 Cfr. o que dispunha o art. 430.º CCom. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 557-558, distinguia o seguro do prémio do reembolso do prémio, explicando que, no primeiro, o contrato se celebra com outro segurador.

medida em que, caso o primeiro seguro venha a dar azo ao pagamento de uma indemnização, o segurado não irá naturalmente dividi-la com o segurador junto do qual segurou o valor do prémio.

Não que os riscos contratuais sejam necessariamente criados a partir do nada por efeito da sua celebração. Alguns são-no, efectivamente. Pense-se no risco de invalidade do contrato. Outros são apenas modificados por efeito do contrato, embora nesse caso seja mais rigoroso dizer que os riscos criados pelo contrato foram o resultado de estipulações das partes visando, por sua vez, fazer face a riscos preexistentes ao contrato. Por exemplo, se ao ir de férias prefiro reservar de antemão o automóvel que pretendo alugar ao chegar ao meu destino, essa é a minha maneira de lidar com o risco de chegar ao local e ficar de mãos a abanar, ou de ter de desembolsar uma quantia bastante superior ao previsto no meu orçamento. Pode dizer-se, por facilidade de expressão, que, pelo contrato celebrado com a agência, que no fundo corresponderá a uma modalidade de contrato de opção, «transferi» para esta última o risco de indisponibilidade de um automóvel com as características descritas na minha reserva. Se, chegada ao local, não me apresentarem um automóvel que cumpra tais especificações, de acordo com o estipulado no contrato, a agência será, por exemplo, obrigada a entregar-me, pelo mesmo preço, um automóvel de uma classe superior. Na verdade, contudo, não ocorreu qualquer transferência de risco. A celebração do contrato foi a minha maneira de lidar com um risco preexistente ao contrato: a troca de uma dada contrapartida em dinheiro, ou por vezes nem isso, a agência compromete-se a alugar-me um automóvel, em certa data e local, deste modo me deixando mais descansada quanto à eventualidade de me ver apeada ou de vir a ter de pagar mais do que o que estaria disposta a pagar pelo aluguer de um automóvel. O risco de incumprimento imputável é comum à generalidade dos contratos obrigacionais. Dizer de um risco contratual que foi criado pelo contrato, ou antes que foi por este modificado, ou mesmo transferido pelo contrato não é inteiramente uma questão de palavras, mas não é relevante, para efeitos de regime, saber se o risco foi criado *ex novo* ou se teve algures na sua origem um risco preexistente ao contrato.³²⁵

325 Note-se que a expressão «transferência do risco» adopta um significado muito próprio no domínio das prestações de coisa. Cfr. o art. 796.º CC. É certo que o uso da palavra «risco» não se afasta totalmente, pelo menos na sua origem, do sentido que a palavra adopta no contexto dos seguros, visto que apela à eventualidade de perecimento da coisa. Porém, a chamada «transferência do risco» corresponde aqui ao momento que define uma mudança no regime jurídico das prestações de um dado contrato: «o momento a partir do qual a obrigação de prestação de coisa *valerá como cumprida* em

Na verdade, até mesmo os contratos de jogo podem ser gizados a partir de um risco anterior e independente do contrato. Nada impede as partes, nomeadamente, de fazerem uma aposta sobre o desenrolar de uma série de acontecimentos que, mesmo antes de feita a aposta, já não lhes eram indiferentes. Imagine-se o caso de dois estudantes de direito apostarem sobre qual dos dois terá melhores resultados nos exames da faculdade. A razão pela qual não se fala, nesse caso, em transferência de um risco é que uma tal aposta não corresponde, normalmente, a um mecanismo de gestão do risco, isto é, não tem por conteúdo a protecção dos sujeitos do risco contra as consequências negativas da eventual verificação desse risco.³²⁶ A preexistência de um juízo de risco é neste caso pouco mais do que uma coincidência. E é irrelevante para a análise do contrato.

O que caracteriza o seguro é a necessidade – por oposição à mera eventualidade – de o facto não ser indiferente ao sujeito do risco, que não existe no jogo, onde, no entanto, nada impede as partes de partirem de um risco que não lhes é indiferente. No que respeita ao contrato de seguro, é seu pressuposto necessário a contemplação de um risco anterior e independente do contrato, risco esse que, mesmo após a sua celebração, permanece independente do contrato, pelo menos para efeitos do contrato. O mesmo é dizer que, na vigência do contrato, as referências ao risco de seguro – designadamente à sua cessação, alteração, diminuição ou agravamento – são referências a um estado de coisas em nada influenciado pelo acto de celebração do contrato.³²⁷ A diferença é de perspectiva.

Exemplificando: depois de sofrer uma trombose, um pai de família chega à conclusão de que, na eventualidade da sua morte prematura, deixará os seus filhos menores numa situação financeira complicada. Está feito o juízo de risco. Decide-se então a contratar um seguro de vida em caso de morte e a designar os seus filhos como seus beneficiários.

caso de perturbação da coisa, na medida da perturbação, salvo culpa relevante do devedor». MÚRIAS/PEREIRA, *Prestações de Coisa*, p. 6. Na eventualidade do «em caso de» está, naturalmente, o risco.

326 Não o tomou em consideração GASPERONI, *Assicurazione*, p. 30, ao afirmar que o seguro se distingue do jogo porque, no primeiro, o evento aleatório pode influir no património do segurado independentemente do contrato e, no segundo, o evento aleatório seria economicamente indiferente ao jogador, e seria por efeito do contrato que viria a ter impacto no seu património. Isto é tipicamente mas não necessariamente assim.

327 Desconsidero neste momento a questão do *moral hazard*. Sendo certo que também a existência de um seguro pode influenciar o comportamento do segurado e de alguns terceiros, o que interessa aqui sublinhar é que o contrato de seguro trata o risco como anterior e independente do contrato de seguro.

O risco primário será neste caso o risco de morte do próprio tomador, caso esta venha a ocorrer durante a vigência do contrato e não caia numa das suas exclusões. É com base neste risco que o segurador calcula o prémio a pagar pelo tomador.³²⁸ Já o risco de seguro *refere-se* ao risco de sofrimento de um impacto económico negativo em resultado dessa morte.³²⁹ Refere-se a esse risco, mas não se confunde com ele, na medida em que a sua delimitação só se considera completa uma vez concluídas as estipulações das partes. Com efeito, o risco de seguro faz parte do texto contratual: é estipulado. No entanto, não deixa de ser construído pelas partes na sequência de um juízo de risco do tomador – o substrato do risco de seguro. Juízo esse que é feito a partir de uma realidade alheia ao contrato, com que este não interfere, que funcionará como ponto de referência, externo ao contrato, para a exigibilidade da prestação do segurador: o risco primário.³³⁰ Por isso, podemos efectivamente dizer que, comparativamente à álea, caracterizada pela endogeneidade face ao contrato, quer utilizemos o conceito com o sentido de risco contratual próprio de todos os contratos, quer tenhamos em vista somente o risco contratual específico dos contratos aleatórios, o risco de seguro se caracteriza pela sua exogeneidade face ao contrato.

2.3.4. Casualidade

Há quem afirme que o risco de seguro é, por natureza, fortuito – ou que deverá sê-lo.³³¹ Esta ideia recolhe algum apoio na importância do acaso para o funcionamento da lei dos grandes números. Mas, mais uma vez, o seu funcionamento é um pressuposto económico, meramente tendencial, da actividade seguradora e não um requisito jurídico da segurabilidade do risco, como veremos nesta secção.

328 Isto porque este seguro não se subordina ao princípio indemnizatório, não interessando averiguar se, efectivamente, o segurado sofreu um impacto económico negativo em resultado da sua morte. Sobre o princípio indemnizatório, cfr. *infra* o texto a partir da n. 604.

329 Note-se que, na perspectiva do segurado que contempla o risco de um impacto económico negativo, o sofrimento de que ele pretende libertar-se contratando o seguro sente-se por antecipação, na medida que, como não poderia deixar de ser, depois de morto, cessará qualquer sofrimento deste segurado. CLARKE, *Policies*, p. 4, observa que uma característica importante dos contratos de seguro é que «uma parte importante daquilo por que pagam os tomadores é paz de espírito». E BAKER, *Insurance Relationship*, p. 1428, afirma, na mesma linha, que os seguros de adquirem, em grande medida, «para evitar aflições». Esta questão será aprofundada *infra* no texto junto à n. 1182 e junto à n. 1952. Cfr. ainda *infra* n. 815.

330 Continuo a desconsiderar a questão do *moral hazard*.

331 Assim já POTHIER, *Contrat d'Assurance* (1775), p. 236 (n.º 2). Recentemente, cfr. HENSSLER, *Risiko*, p. 249. Sobre o tema, veja-se, por todos, a monografia *Zufall* de ALSLEBEN. Para um exemplo de entre os autores anglo-americanos, cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, p. 28. Em Portugal, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 58; e *Relatório*, p. 96; e VELOSO, *Risco*, p. 337.

PEDRO DE SANTARÉM, na distinção que fazia entre os conceitos de caso imprevisto e de caso fortuito, excluía a negligência deste último conceito.³³² Mas não é com esse âmbito restrito que a expressão é hoje utilizada. GOMES DA SILVA afirma que a expressão «caso fortuito» invoca a ideia de imprevisibilidade, e «força maior» a ideia de «superioridade de energia», mas que ambos são acontecimentos sem conteúdo fixo, só interessando por irromperem independentemente da vontade humana e por não serem favorecidos ou coadjuvados pela acção do devedor (o contexto da afirmação é o da responsabilidade civil). Seriam, pois, expressões sinónimas ou equivalentes, que a lei empregaria indiferentemente. Isto na vigência do Código de Seabra.

«Sintetizando, podemos dizer que o fortuito há-de ser um evento inevitável, isto é, um acontecimento que o devedor não pode obstar a que se produza e a cujos efeitos não se pode furtar, por se tratar dum facto imprevisível no momento do contrato; há-de ser ainda irresistível, o que significa que os efeitos dele devem ser insuperáveis para o devedor, ainda que este, nos limites das suas forças e da diligência que lhe é exigida, faça tudo para os impedir.»³³³

A exigência da fortuitidade do sinistro, neste sentido, poria actualmente de fora do domínio do seguro tanto a conduta dolosa quanto a negligente do segurado. Fá-lo-ia, não apenas no que respeita à ocorrência do sinistro, mas também quanto ao simples agravamento do risco.³³⁴ Poderia naturalmente adoptar-se um outro sentido para a palavra «fortuitidade», que no entanto teria de explicitar-se, o que não é habitualmente feito. A explicitação torna-se necessária, sobretudo tendo em conta que, historicamente, se partiu de uma visão muito desconfiada dos seguros de responsabilidade civil, fundada

332 PEDRO DE SANTARÉM, *Tractatus* (1552), pp. 96-97: «Quando por um esforço de diligência se pode precaver e prover a essa coisa, não se diz propriamente caso fortuito. (...) [D]iz-se imprevisto aquele caso que costuma acontecer aos imprudentes para seu bem ou para seu mal. (...) Deve, pois, fixar-se que o caso de tempestade ou fortuito se distingue do imprevisto em a culpa caber ou não àquele que a sofreu.» Definiu ainda «caso insólito» (raro) (pp. 101-102). O autor traçava estas distinções no contexto da interpretação dos contratos, e não na definição dos elementos constitutivos do seguro.

333 GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, p. 285. Cfr., sobre o tema, pp. 277-285.

334 CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 527, defendia que o risco tinha de ser «independente da pessoa do segurado», apontando em seguida o princípio de que o risco não podia ser transformado ou agravado, durante o contrato, pelo segurado (cláusula *rebus sic stantibus*). Para uma crítica ao sentido deste seu «não podia», cfr. *infra* n. 1209.

numa exigência de fortuitidade do sinistro no sentido estrito do termo,³³⁵ exigência que tinha ainda algum peso aquando da redacção do CCom.³³⁶ E o próprio facto da existência dos seguros de responsabilidade civil era prova bastante de que, já na vigência do anterior regime legal, pelo menos a negligência podia ser objecto de cobertura, não obstante a aversão inicialmente sentida quanto à admissibilidade dos seguros de responsabilidade civil. É actualmente pacífica a segurabilidade da negligência.³³⁷ Passemos, por conseguinte, ao exame da segurabilidade do dolo, que não é de todo unanimemente aceite pela doutrina:

«Da contraposição entre o acaso e o livre arbítrio resultam três domínios (...): um domínio de segurabilidade sem restrições para os danos resultantes de força maior e do simples acaso, um domínio de transição para os danos negligentemente provocados pelo segurado, e um domínio de insegurabilidade para os danos deliberadamente causados pelo segurado.»³³⁸

É certo que, de uma maneira geral, os contratos de seguro existentes no mercado não cobrem os sinistros deliberadamente provocados pelo segurado, mas nem sempre é assim.³³⁹ Começemos por observar alguns exemplos que já o demonstravam, sem margem para dúvidas, na vigência do anterior regime legal. A suposta excepção a esta regra mais largamente debatida pela doutrina era, provavelmente, a da segurabilidade do

335 POTHIER, *Contrat d'Assurance* (1775), p. 250 (n.º 65), afirmava ser evidente que uma pessoa não podia convencionar validamente com outra que esta última suportasse as consequências dos actos culposos da primeira, porque se trataria de um convite *ad delinquendum*. Esta posição ainda prevalece, no que respeita à segurabilidade do dolo, pelo menos como princípio de política legislativa, na medida em que, como veremos já em seguida, há toda uma série de circunstâncias em que este se segura.

336 Cfr., por exemplo, o art. 437.º/3 CCom. Em sentido crítico, cfr. RAPOSO, *Regulação*, pp. 829-831. Mesmo então, a lei já dava alguma abertura à segurabilidade da negligência, no art. 443.º/1 CCom. No mesmo sentido, cfr. actualmente o art. 150.º/1 LCS.

337 Cfr., por todos, MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 276.

338 HAX, *Wesen*, p. 27. Cfr. pp. 26-28. O autor representou graficamente o seu entendimento sobre o papel do acaso e do livre arbítrio no seguro.

339 Contra, PAIS DE VASCONCELOS, *De O Insurance*, pp. 1175-1181. Na vigência do regime anterior, o autor sustentava que os actos dolosos dos segurados não podiam ser objecto de seguro, em virtude do disposto no art. 437.º CCom. Fazia-o a propósito da sua análise do seguro de administradores de sociedades anónimas a que se refere o art. 396.º/2 CSC (o chamado *De O Insurance*). O autor entendia, em consonância com a posição acima referida, que este seguro não cobria o risco de dano intencionalmente causado (o risco de dolo). Todavia, como veremos já de seguida, pelos exemplos, o seguro dos actos intencionais dos segurados não se encontrava vedado pelo disposto no art. 437.º CCom.

suicídio.³⁴⁰ Mas há outras. A começar pelo seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, em que prevalece o valor de protecção da vítima, que será obrigatoriamente ressarcida pelo segurador, embora este seja também tutelado mediante a estatuição de um seu direito de regresso contra o segurado – correndo no entanto por conta do segurador o risco de insuficiência patrimonial deste último.³⁴¹ Basta pensarmos, em seguida, nos seguros de saúde, em que o sinistro configura muitas vezes uma ida deliberada do segurado ao médico, e nos seguros de nupcialidade e de natalidade, nos quais o sinistro é sempre – no primeiro – ou muitas vezes – no segundo – o resultado da acção deliberada do segurado, para concluirmos, com certeza, pela inexistência de semelhante regra.³⁴²

Se procurarmos uma resposta a esta questão nos preceitos de direito positivo, constatamos que, no nosso ordenamento jurídico, é princípio de ordem pública a proibição do seguro de responsabilidade criminal, contra-ordenacional e disciplinar.³⁴³ Note-se que, embora a contratação de um seguro que as contemplasse o tornasse nulo, não o descaracterizaria como um contrato de seguro, pelo que, mesmo neste extremo, teremos de nos colocar no plano da admissibilidade e não no da qualificação de um contrato como um seguro. A limitação da possibilidade de acção destinada a provocar a ocorrência do resultado contemplado, nos contratos aleatórios em geral, pode ocorrer por efeito da lei ou do contrato, mas não resulta necessariamente da sua natureza, nem exclui de modo algum a álea que os caracteriza.³⁴⁴ Quanto ao mais, temos no actual

340 Actualmente, cfr. o art. 191.º LCS. No que respeita ao regime anterior, atente-se na supletividade do art. 458.º/1 CCom (cfr. ainda o respectivo § único). MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 92-93, 101-108 e 383-389, sustenta que considerações de ordem pública e de moralidade estão por detrás da normal exclusão da segurabilidade do dolo, de que ressalva a segurabilidade do suicídio.

341 Cfr. o art. 15.º/2 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Sobre o direito de regresso do segurador, cfr. *supra* n. 224.

342 O exemplo dos seguros de saúde é dado por KARTEN, *Problem*, p. 288. Cfr. ainda CLARKE, *Policies*, pp. 255-264. O autor começa por explicar que, no direito inglês, vigora o princípio de que não são seguráveis os danos deliberadamente provocados pelo segurado. Acrescenta, todavia, que este princípio comporta diversos desvios, dando o exemplo do *hole-in-one insurance* dos jogadores de golfe. Trata-se de um seguro destinado a suportar os custos decorrentes de um eventual *hole-in-one*, que, segundo os usos da modalidade, pode comportar toda uma série de despesas, entre as quais sobreleva o pagamento de uma rodada de bebidas, na *clubhouse*, a todos os presentes no campo. Este é apenas uma de entre várias espécies de *prize indemnity insurance*.

343 Cfr. o disposto no art. 14.º/1/a) LCS.

344 Neste sentido, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 241, dando como exemplo o caso dos jogos em que todos os participantes tentam ganhar.

regime diversos preceitos em que apoiar a segurabilidade de actos dolosos do tomador e do segurado.³⁴⁵

Qual, então, o limite da segurabilidade do risco de seguro? Há quem acabe por negar totalmente ao acaso a função de limite da segurabilidade jurídica ou económica, sustentando que nada mais há a exigir do risco para além da incerteza quanto a uma das três variáveis acima referidas: o se, o quando ou o quanto.³⁴⁶ Esta posição parece-me excessiva.

Do ponto de vista jurídico, há na verdade uma exigência neste domínio, nos planos, quer da qualificação, quer da admissibilidade do contrato. Neste último, o que o seguro, por natureza, não cobre é unicamente o chamado dolo específico – a *fraude*. Para aferir da sua existência, devemos olhar, não para a intenção de provocar a ocorrência de algo que por acaso corresponde ao sinistro, mas antes para a intenção de provocar a ocorrência do sinistro enquanto tal. O que o seguro, por natureza, não cobre é o sinistro provocado pelo segurado com *animus nocendi*, isto é, com a intenção única ou predominante de receber a indemnização do segurador.³⁴⁷ No plano da qualificação, a estipulação, pelas

345 Cfr. o disposto nos arts. 46.º/1, 141.º, 144.º/1 e 148.º/2 LCS. No primeiro, estabeleceu-se a regra da insegurabilidade do dolo, esclarecendo-se, no entanto, que o regime é meramente supletivo. O segundo restringe a noção de dolo, dela retirando, no domínio dos seguros de responsabilidade civil, todos os actos deliberados que beneficiem de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. O terceiro só se aplica aos casos em que o segurador se responsabilizou, ante o terceiro lesado, pelas consequências de actos dolosos do segurado. Finalmente, o quarto desfaz quaisquer dúvidas que pudessem subsistir, dispondo que, salvo disposição em contrário, os seguros obrigatórios de responsabilidade civil cobrirão o dolo do segurado. Quanto ao dolo do beneficiário, cfr. os arts. 46.º/2, 192.º e 193.º LCS. Este exclui, em princípio, o direito ao benefício. Cfr. PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 61 pp. 578-592; e, para os seguros de responsabilidade civil, VOIT/KNAPPMANN, também em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 152 pp. 836-838. Cfr. ainda KULLMANN, *Contrat d'Assurance*, pp. 428-429. O autor afirma que a disposição de direito francês que exclui a segurabilidade dos danos causados por actos culposos intencionais ou dolosos do segurado (art. L.113-1 CAfr) tem sido interpretada muito restritivamente, exigindo os tribunais, cumulativamente, (i) um comportamento voluntário do segurado; e (ii) a intenção de causar um dano à coisa ou pessoa em causa. Este preceito de direito francês é complementado por um outro, que proíbe a exclusão da cobertura de danos causados por actos intencionais ou dolosos de terceiros pelos quais o segurado seja civilmente responsável (art. L.121-2 CAfr).

346 ALSLEBEN, *Zufall*, pp. 73-135 e 148. Na monografia que dedica ao estudo do papel desempenhado pela fortuitude, ou casualidade, no seguro de responsabilidade por danos ambientais industrialmente provocados, o autor conclui nesse sentido. No mesmo sentido, DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 36. Sobre as três variáveis referidas, cfr. *supra* o texto junto à n. 118.

347 DONATI, *Trattato II*, p. 134, esclarecia que o dolo era, para este efeito, um estado subjectivo de voluntariedade e consciência das consequências do facto. BUTTARO, *Assicurazione*, p. 450; e *Contratto di Assicurazione*, p. 490, entendia que a verificação do sinistro não deve depender da vontade dos interessados, dizendo no entanto que este não é um princípio absoluto, dado que para a segurabilidade do risco é suficiente que a existência do seguro não constitua um incentivo à provocação do sinistro, considerando-se independente da vontade do interessado também o facto

partes, de um «sinistro» que o segurado pudesse provocar conforme quisesse, sem outras considerações, descaracterizaria, simplesmente, o contrato, subtraindo-o ao universo dos seguros.

A ideia não é estranha ao nosso direito dos contratos. MANUEL DE ANDRADE distinguia entre as condições potestativas arbitrárias e as condições potestativas não arbitrárias, sendo estas últimas aquelas que não consistem num puro querer mas antes num acto de alguma gravidade que põe em jogo interesses sérios, susceptíveis de contrabalançar aqueles outros que estão em jogo no contrato.³⁴⁸ No plano da qualificação de um contrato como um seguro, é precisamente esta a fronteira que entendo dever ser traçada.³⁴⁹ Não é a potestatividade que afasta a segurabilidade do risco, visto que poderemos ter como condição da exigibilidade da prestação do segurador uma condição potestativa não arbitrária.³⁵⁰ Noto que uso o termo «condição» num sentido amplo, que

por ele causado, mas sem que tenha sido induzido a fazê-lo com o propósito exclusivo ou principal de receber a prestação do segurador. Deu como exemplos o seguro de responsabilidade civil e os seguros de nupcialidade e de natalidade. Afirmou ainda que, se o sinistro é voluntariamente provocado, demonstra-se que afinal o segurado não tem interesse em evitá-lo, e como tal perde o direito a ser indemnizado. No mesmo sentido, entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Anteprojecto*, art. 75.º. J. M. BRITO, *Seguro Marítimo*, p. 10, também prefere falar na necessidade de verificação não puramente potestativa do sinistro, que é mais restrito, e que encontrava algum apoio na lei anterior: veja-se o disposto no art. 437.º/3 CCom. Para um célebre exemplo de fraude de seguros, cfr. as *Atribuições* de JULES VERNE.

348 MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, pp. 368-369. Em Espanha, entende-se que é a esta distinção que a lei faz referência quando proíbe a sujeição da obrigação a uma condição dependente da «exclusiva vontade do devedor» (art. 1115 CCes). Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 351.

349 Na senda de PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 35-37. Os autores distinguem os sinistros de verificação dependente, em exclusivo, da vontade do segurado, dos sinistros dependentes, em simultâneo, da vontade do segurado e das circunstâncias exteriores, sustentando que só nos primeiros desaparece a incerteza, e por conseguinte o risco necessário ao seguro. Faziam depois a correspondência entre esta distinção e a distinção, de direito civil, entre a categoria das «eventualidades simplesmente potestativas» e a categoria das «eventualidades puramente potestativas».

350 Veja-se HÉMARD, *Assurances Terrestres I*, p. 77. O autor afirmava que a distinção entre condições potestativas, casuais e mistas decorre dos arts. 1169-1171 CCfr. Fazia o paralelo entre as condições e as eventualidades. E defendia que só as eventualidades puramente potestativas escapam à possibilidade de seguro. Deu os exemplos do duelo e do casamento. Sobre a evolução do direito dos seguros relativamente à segurabilidade dos riscos parcialmente potestativos, veja-se COUSY, *Précaution*, pp. 696-697; e *Fin*, pp. 111-128. O autor fala nos riscos suficientemente aleatórios e largamente potestativos. Dá a impressão de ver estes dois termos como uma polaridade e não como uma dicotomia, e defende que a tendência da actividade seguradora é a de, pela sua técnica, se aproximar cada vez mais da segurabilidade, sem perigo para a sua solvabilidade, de riscos cada vez mais próximos do pólo da potestatividade. Cfr. ainda KARTEN, *Problem*, p. 288. O autor analisa a questão da segurabilidade do ponto de vista da teoria da decisão: trata a questão de saber se devem segurar-se certos riscos e não se estes são em absoluto seguráveis. A propósito da casualidade refere-se à admissibilidade de se segurarem riscos como o casamento, o nascimento e o suicídio, pois nestes, apesar de directa e conscientemente provocados por um acto de vontade do segurado, é forte a influência de circunstâncias estranhas ao contrato (*aufßervertraglichen Hemmungen*).

inclui os factos de que depende a eficácia de um só efeito do negócio jurídico, e não apenas aqueles de que depende a eficácia do negócio jurídico, que corresponderá entre nós ao conceito jurídico mais comum de condição, figura que se encontra directamente regulada nos arts. 270.º a 277.º CC.³⁵¹

Assim, é apenas a total arbitrariedade da condição cuja incompatibilidade com o próprio conceito de risco é patente, quando a sua verificação dependa, naturalmente, do arbítrio do sujeito de risco, e não de um terceiro, devendo portanto ser afastada. Só as eventualidades puramente potestativas escapam à possibilidade de seguro. Nestas não há sequer um problema de insegurabilidade do risco mas antes de inexistência de risco. Daí a sua relevância no plano da qualificação do contrato como um seguro. Já EMÍDIO DA SILVA afirmava que o facto intencional ou não de terceiro e o facto não intencional do segurado seriam facilmente capazes de seguro, mas que o facto intencional do segurado, ou é motivado pelo contrato seguro, e exclui-se nesse caso a sua segurabilidade, ou não é motivado pela prestação do segurador, como no exemplo do duelo, e nesse caso é um risco capaz de seguro.³⁵²

Para me referir a esta característica do risco prefiro recorrer ao termo «casualidade» em lugar de «fortuitude».³⁵³ Isto porque, embora possam entender-se ambos os termos como sinónimos, o último encontra-se de momento demasiado marcado pelo uso que dele é habitualmente feito em direito, mesmo em direito dos seguros, o que julgo não

351 Quanto aos vários sentidos da palavra «condição» em direito, e em especial no Código Civil, veja-se CASTRO MENDES, *Condição*, pp. 37-42. O termo «condição» é usado com este sentido amplo, designadamente, nos arts. 100.º e 120.º ou 628.º/2 e 656.º CC. Em Espanha, cfr. os arts. 1113 a 1124 CCes (sobre as obrigações puras e condicionais). Sobre estas, veja-se Díez-PICAZO, *Fundamentos II*, pp. 347-368. O autor sublinha que as condições, neste sentido amplo, podem afectar as relações obrigacionais na sua totalidade ou apenas em parte, e podem impedir a entrada em vigor dos contratos ou apenas a exigibilidade de (alguns) dos direitos neles previstos (p. 347). Sobre a diferença entre a condição e o que os autores chamam «meio sinalagma», cfr. PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, p. 14. Sobre o meio sinalagma, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1027.

352 EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, pp. 35-36. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 18, afirmava, menos claramente, que seria preciso que a eventualidade não fosse *puramente potestativa*, mas composta pelo menos duma parte de fortuitude.

353 CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 499, também se referia à casualidade do evento. VELOSO, *Risco*, p. 337, curiosamente, depois de referir a fortuitude como uma das «condições de facto» relativas ao risco de seguro, adianta que a combinação de todas as condições por si indicadas – para além da fortuitude, a possibilidade, a incerteza e a futuridade – «caracteriza o acaso ou acontecimento casual, conceito geralmente utilizado para formular o critério que delimita os riscos seguráveis e os distingue dos não seguráveis: risco segurável é o que se define por referência a um acontecimento casual.» Para além de não concordar com a conclusão, discordo ainda da asserção de que este sentido da palavra «acaso» corresponda ao alegado «conceito geralmente utilizado» para a delimitação da fronteira entre os riscos seguráveis e não seguráveis.

acontecer com o primeiro, apesar de o usar num sentido distinto do que aquele com que é habitualmente utilizado na distinção das condições de eficácia do negócio jurídico entre as casuais, as potestativas e as mistas.³⁵⁴

O requisito da casualidade do risco significa, então, que, num primeiro momento, não será qualificado como um seguro o contrato celebrado tendo em vista o lucro do segurado à custa do segurador, na medida em que essa intenção resulte do seu texto, naturalmente, e que, num segundo momento, não será desencadeado o mecanismo do seguro se o sinistro for com esse intuito fraudulentamente provocado. Quando falo na casualidade como característica do risco enquanto elemento constitutivo do contrato de seguro refiro-me apenas ao primeiro momento, visto que, para este efeito, releva apenas o que as partes tiverem estipulado no contrato, e não tanto o dolo enquanto estado de intenção ou consciência das consequências do facto, que é fundamental, sobretudo, para, num segundo momento, aferir da existência de fraude impeditiva do funcionamento do mecanismo do seguro. Daí que, no plano da qualificação, a fronteira deva estabelecer-se na estipulação de um facto cuja ocorrência seja condição puramente potestativa, na medida em que, nesse caso, não poderá dizer-se que exista um risco de que o segurado seja sujeito.

Alguns mecanismos contratuais têm precisamente por finalidade contribuir para eliminar o sentido potencialmente arbitrário da condição de que depende a prestação do segurador. É o caso da estipulação de uma franquia. Sempre que o seguro corresponde ao reembolso, ou mesmo ao pagamento à cabeça, de despesas feitas pelo segurado, como acontece nos seguros de saúde – e sendo certo que há pessoas naturalmente mais atreitas à consulta de um médico do que outras, e que o seu comportamento pode também alterar-se em função da existência de um seguro – o mero reembolso ou pagamento à cabeça de despesas nunca colocará o segurado numa situação patrimonialmente mais vantajosa do que a que anteriormente ocupava. E a estipulação de uma franquia acentua este aspecto, visto que, em todas as despesas do segurado, uma parte do encargo será por ele directamente suportado. De uma forma geral, o segurado não vai ao médico com o propósito de ser mais tarde reembolsado. Pelo menos na esmagadora maioria dos casos, a

354 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 393-394. O autor dá como exemplo de condições mistas, actos pessoais dependentes também de factos exteriores, certos sinistros no seguro de responsabilidade civil. Estas condições mistas cabem ainda no conceito de casualidade que utilizo.

sua acção terá sido determinada por outros factores que não (apenas ou principalmente) o seguro. Outro mecanismo, mais drástico do que este, é a pura e simples exclusão da segurabilidade do dolo, quer na lei, por razões de política legislativa, quer no contrato, por razões de política empresarial do segurador. É isso que muitas vezes acontece.³⁵⁵ O que aqui se fez foi chamar a atenção para os inúmeros casos em que isso não acontece, que impedem a consideração da insegurabilidade do dolo como uma regra de direito contratual dos seguros.

Note-se que, do ponto de vista económico, basta que estejamos perante condições potestativas não arbitrárias para que possamos contar com o auxílio da lei dos grandes números. Com efeito, também são relativamente constantes os números relativos a sinistros deliberadamente causados, como é o caso do suicídio. Para além do que, do ponto de vista do mercado, o segurador está em melhores condições do que a generalidade dos segurados para negociar com os prestadores de serviços médicos, pelo que, tudo visto, a segurabilidade destes riscos não põe em causa a viabilidade da indústria seguradora.

2.4. Delimitação

Risco e interesse são as ideias operativas do contrato de seguro. Por seu intermédio, este distingue-se de uma série de figuras próximas. Porém, antes mesmo de entrar no capítulo do interesse, socorrer-me-ei da máxima de que não há seguro sem risco para proceder a uma primeira destrição entre o contrato de seguro em sentido próprio e aquilo a que poderei chamar «não-seguros».

Para essa primeira delimitação, tomemos a imagem de uma figura geométrica bidimensional composta por três círculos concêntricos. O círculo mais alargado representa o conjunto de toda a actividade seguradora, tal como definida para efeitos de

355 BAKER, *Liability Insurance*, p. 8, chama a atenção para a prática quase universal da exclusão de danos corporais intencionalmente causados pelo segurado, nas condições gerais dos seguros de responsabilidade civil usadas pelos seguradores nos EUA. Em *ILP*, p. 5, o autor explica que, quanto maior for o domínio do segurado sobre a ocorrência do sinistro, maior será o *moral hazard*, pelo que maiores serão as cautelas que os seguradores terão na busca de mecanismos contratuais que permitam contrariá-lo – chegando mesmo a recusar certas coberturas relativamente às quais não encontram forma de se protegerem adequadamente contra as consequências do *moral hazard*. Disso é exemplo a exclusão sistemática da cobertura dos custos com a cirurgia plástica de natureza cosmética.

aplicação do RGES.³⁵⁶ Em bom rigor, extravasa mesmo esse amplo domínio, na medida em que inclui a celebração de contratos de seguro por quaisquer entidades, independentemente da sua qualificação como empresas de seguro, e muito menos como empresas de seguro devidamente autorizadas para o exercício desta actividade.³⁵⁷

Temos, depois, um segundo círculo que exclui, relativamente ao primeiro, as operações de natureza puramente financeira, geralmente integradas no ramo vida, por serem ou poderem ser disponibilizadas pelas empresas de seguros que exploram este ramo de seguro e fazerem uso de algumas das técnicas actuariais próprias dos verdadeiros seguros de vida. São estes os ramos de seguro definidos nos n.ºs 3 a 5 do art. 124.º RGES (operações de capitalização e de gestão de fundos colectivos de reforma).³⁵⁸ Nem a lei

356 No domínio dos contratos, a importância deste regime passa pela classificação da actividade seguradora nos vários ramos de seguro constante dos arts. 123.º e 124.º RGES. No que concerne a esta divisão, veja-se, em especial, a versão consolidada do anexo A da Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973 (1.ª «Não-Vida») e o anexo I da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro (1.ª «Vida»). Sobre a evolução do direito comunitário dos seguros, desde o início das discussões, no início dos anos sessenta, até ao presente, cfr. as referências *supra* n. 77. Sobre a classificação da actividade seguradora nos vários ramos de seguro, veja-se VELOSO, *Risco*, pp. 321-331. Esta classificação dos seguros em múltiplos ramos e sub-ramos segue, no essencial, a tradição continental, com o predomínio para a doutrina germânica. Nos sistemas anglo-americanos era, pelo contrário, tradicional dividir-se os seguros num número bastante mais reduzido de ramos. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 39 e 43. O autor diz que a indústria de seguros anglo-americana costuma distinguir os ramos de seguro entre, por um lado, *life and health* e, por outro lado, *property and casualty*. Comenta que esta distinção desempenha funções essencialmente comerciais mas que é doutrinariamente menos interessante do que outras espécies de classificações, tais como a que divide os seguros entre *indemnity* e *non-indemnity*. Contudo, esta última não tem tradição nos EUA. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 28-29. Os autores observam que, historicamente, as principais categorias de seguros, no direito norte-americano, não correspondem a uma única magna divisão, mas antes a uma estrutura truncada, compartimentada, com base nas várias linhas de negócio correspondentes aos diversos riscos cobertos pela indústria seguradora. Fala-se, por exemplo, em *liability insurance*, *property insurance*, *casualty insurance*, *life insurance*... BICKELHAUPT, *General Insurance*, p. 12, distingue *personal*, *property* e *liability risks*. Há ainda quem distinga os ramos de *fire and marine*, *life and accidents* e *casualty*. As classificações que se usam não são absolutamente idênticas mas têm de comum um número relativamente reduzido de subdivisões, quando comparadas com os ramos de seguros do direito institucional europeu de seguros, mas elevado, se contrastadas com as principais classificações da doutrina continental.

357 Cfr. *supra* n. 36.

358 VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 41 e 53-54. O autor situa ainda neste nível o seguro-caução, por ter finalidade idêntica à da garantia bancária. No mesmo sentido, para o direito alemão, veja-se SIEG, *Grenzfälle*, pp. 506-513. Discordo deste entendimento, pois entendo que a questão não é essa. Também o seguro de vida tradicional pode ter finalidade idêntica à da garantia bancária e não é menos seguro por isso. Tem razão SILVA SANTOS, *Seguro de Créditos*, p. 18, quando afirma que o seguro de crédito e o seguro-caução se distinguem pelo titular do interesse, que no primeiro caso é o próprio tomador-segurado, e no segundo caso é um terceiro-segurado, tratando-se o seguro-caução, necessariamente, de um seguro por conta de outrem. Ora, faltaria o elemento risco se o procurássemos na esfera do tomador. Sobre a questão da titularidade do risco e do interesse, cfr. *infra* o texto a partir das nn. 1952 e 2133. Mas a autora não leva o seu raciocínio até às últimas consequências, afirmando noutro ponto, sem grandes explicações, que o seguro-caução corresponderia a um negócio indirecto e a um não-seguro (p. 366). Cfr. THOMAS/DREHER,

nem a doutrina qualificam estes produtos como verdadeiros e próprios contratos de seguro.³⁵⁹

Por último, chegamos ao terceiro círculo, representativo daqueles contratos em que o risco de seguro, com o conteúdo e as características que acabam de lhe ser apontadas, desempenha um papel significativo.³⁶⁰ Em suma, o círculo que em meu entender encerra os contratos de seguro verdadeiros e próprios. Cumpre acrescentar que a perspectiva relevante, para o efeito de identificar a presença de um risco significativo de seguro, é a perspectiva do segurador e não a do segurado, o que significa que, sem prejuízo da necessidade de um juízo de risco anterior e independente do contrato, no plano da qualificação não deverá perguntar-se se o segurado tinha ou tem algo a perder com a ocorrência do sinistro mas antes se, por efeito do contrato, resulta das estipulações que o

Kautionsversicherungsvertrag, pp. 731-738, para uma análise crítica da recente jurisprudência do BGH que nega ao seguro-caução a natureza de contrato de seguro (cfr. BGH 06.07.2006; e BGH 18.01.2007). Sobre a distinção entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1121.

359 Cfr. os arts. 207.º a 209.º LCS. A lei nunca lhes inclui no *nomen iuris* a expressão «contrato de seguro» e, de uma forma geral, nem mesmo lhes apõe o vocábulo «seguro». O art. 5.º/i) do DL n.º 144/2006, de 31 de Julho, ao determinar que o contrato de seguro é, para efeitos de aplicação dessa lei, não só o contrato de seguro, mas também as operações de capitalização, dá no fundo a entender que a verdadeira e própria noção de contrato de seguro não inclui as operações de capitalização, e que apenas por facilidade de expressão se adoptou, para efeitos deste diploma, um conceito alargado de contrato de seguro. DONATI, *Trattato II*, p. 46, observava que às operações de capitalização faltava o risco (dizei: o risco de seguro), pelo que deviam ser qualificadas como contratos de mútuo de longa duração. SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 79, observa que não há risco nas operações de capitalização, pelo que os contratos não são sequer aleatórios. Adere à qualificação de DONATI. Sobre os contratos aleatórios, cfr. *infra* o texto a partir da n. 981.

360 O elemento risco é central na definição ensaiada *supra* no texto a seguir à n. 92. Merece a pena fazer neste ponto uma breve referência aos *International Financial Reporting Standards 4* (IFRS4). Estes são um conjunto de normas internacionais de contabilidade emitidas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB), um organismo internacional de natureza privada, com sede em Londres, constituído em Março de 2001 com o propósito de, por via da emissão dessas normas internacionais de contabilidade, seguindo elevados padrões de qualidade, contribuir para a harmonização das demonstrações financeiras das empresas de dimensão internacional. Sucedeu nessa função ao já extinto *International Accounting Standards Committee* (IASC), em existência desde 1973. Desde 01.01.2005, estes *standards*, uma vez adoptados pela Comissão, passam a integrar o direito comunitário, sendo de natureza injuntiva para as contas consolidadas das sociedades cujos títulos são negociados publicamente num Estado membro da União Europeia. Cfr. o Regulamento n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho de 2002. Os IFRS4 foram os primeiros *standards* concebidos especialmente para a contabilidade dos contratos de seguro. A versão consultada foi a versão em vigor em 01.01.2005. Evidentemente que se trata de regulação estranha ao direito contratual do seguros propriamente dito. Simplesmente, este instrumento foi o resultado de rigorosa ponderação de numerosos intervenientes de proveniências variadas, cujas conclusões, quanto a grande parte das distinções, expostas de uma forma muito clara e sucinta, julgo serem em grande medida extrapoláveis para o campo do direito. É elevado o grau de convergência entre essas conclusões e as que resultam da análise jurídica que neste escrito se apresenta. Nestes, o contrato de seguro vem definido com base no conceito de assunção de um «risco significativo de seguro» (cfr. os anexos A e B). Sobre os IFRS 4, cfr. ainda VASQUES, *Direito dos Seguros*, pp. 38-42.

segurador passa a ter algo a perder por efeito da ocorrência do sinistro – o mesmo é dizer, se pode concluir-se que o risco se encontra *coberto* pelo seguro.³⁶¹

Para além das operações acima referidas, caem fora deste último círculo os seguros de vida celebrados na modalidade de pura capitalização, em que, não obstante terem por referência um dado risco primário, perde sentido a ideia de um risco seguro. Estes correspondem a puros contratos de aforro ou de investimento, faltando-lhes a natureza aleatória característica dos verdadeiros contratos de seguro. Também caem fora alguns outros contratos em que essa componente também não está presente, que correspondem a típicos contratos de prestação de serviços, como será o caso de alguns «seguros» de assistência.³⁶² Note-se que todas as figuras excluídas dos dois últimos círculos são figuras recentemente acrescentadas ao leque de produtos tradicionalmente comercializados pela indústria seguradora. Reconhece parte da doutrina que estes contratos apenas nominalmente são «de seguro».³⁶³

Veremos melhor adiante que o conjunto de contratos representado neste terceiro e último círculo pode analisar-se globalmente enquanto tipo contratual autónomo, caracterizado, entre outros aspectos, pelo função comum desempenhada pela atribuição que lhe é característica – o estado de vinculação do segurador. Esta é específica dos contratos em que as partes estipulam a cobertura de um risco de seguro. Muito naturalmente, uma boa parte das regras de direito contratual dos seguros só se aplica aos contratos abrangidos por este último círculo: os verdadeiros e próprios contratos de seguro.³⁶⁴

361 Cfr. *Gray v Kerslake* (1958). Esta decisão do Supremo Tribunal do Canadá tem sido alvo de fortes críticas, não pela regra seguida, mas por uma deficiente aplicação à situação de facto em apreço. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 29-31.

362 Cfr. o art. 4.º/2 RGES e os arts. 173.º e 174.º LCS. Sobre a natureza aleatória dos verdadeiros contratos de seguro, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1030.

363 Quanto aos seguros de vida de capitalização, veja-se SCHÜNEMANN, *Rechtsnatur*, p. 433. Quanto aos seguros de assistência, veja-se *Veloso, Risco*, p. 313 n. 41. O autor alerta para o carácter deliberado da omissão dos seguros de assistência da classificação dos ramos de seguro constante do anexo A da Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973 (1.ª «Não-Vida»). Essa omissão ter-se-ia devido às discussões doutrinárias sobre a qualificação precisa destes produtos, que só viriam a ser acrescentados à referida classificação por via da Directiva 84/641/CEE do Conselho, de 10 de Dezembro de 1984.

364 O que não significa que todas essas regras sejam de aplicação generalizada a todos os contratos de seguro que caibam dentro deste terceiro círculo, pelo simples facto de serem qualificados como pertencendo ao tipo contrato de seguro em sentido próprio. Cfr. *supra* n. 32.

3. O interesse

O contrato de seguro, na definição atrás ensaiada, é o contrato pelo qual uma parte, mediante retribuição, suporta um risco económico da outra parte ou de terceiro, obrigando-se a dotar a contraparte ou o terceiro dos meios adequados à supressão ou atenuação de consequências negativas reais ou potenciais da verificação de um dado facto.³⁶⁵ Ao analisarmos o conceito de risco, vimos ainda que, para podermos falar de risco, e não somente de incerteza, a possibilidade de ocorrência e a possibilidade de não ocorrência do resultado contemplado deverão ser diversamente valoradas pelo sujeito do juízo de risco, no sentido de que a uma delas, por contraposição à outra, deverá necessariamente associar-se um desvalor. E que esse desvalor, no contexto dos seguros, se traduz numa ideia de impacto negativo na esfera do sujeito do risco. Não obstante a ausência de uma referência expressa ao interesse nesta definição, é através do impacto, as consequências negativas, que primeiro chegamos ao elemento do interesse no contrato de seguro, a cuja análise é dedicado este capítulo. Procuro aqui identificar o real papel do interesse no contrato de seguro, mas também, e porventura sobretudo, contribuir para lhe retirar algumas das «funções» que é comumente chamado a cumprir, por boa parte da doutrina. O objectivo é, portanto, recentrá-lo, devolvendo-o ao lugar que entendo próprio.

3.1. Raízes

3.1.1. Rudolf von Jhering e a jurisprudência dos interesses

O propósito do apontamento que se segue é unicamente o de enquadrar a discussão relativa ao interesse de seguro no contexto mais geral do lugar que o conceito ocupa no seio do direito privado contemporâneo. Antes de mais, porque entendo que, no que respeita à doutrina portuguesa da especialidade, nem sempre tem havido um adequado entrosamento das questões de teoria geral dos contratos nas discussões de direito contratual dos seguros. A isto acresce que, como teremos ocasião de notar, se torna necessária na matéria objecto deste estudo uma particular conjugação do interesse de seguro com o interesse como figura geral do direito do negócio jurídico. Começemos então por um breve exame deste último.

365 Cfr. *supra* o texto junto à n. 93.

Deve-se a JHERING a introdução no continente europeu da primeira conceptualização do interesse como modo alternativo de pensar o direito objectivo – e os direitos subjectivos, e ao correspondente afastamento da ideia de vontade, até então inquestionada pelos seguidores de SAVIGNY.³⁶⁶

SAVIGNY construíra todo um sistema de direito privado assente na vontade humana como expressão última de liberdade, que teria como seu instrumento privilegiado o direito subjectivo enquanto «poder da vontade».³⁶⁷ A sua teoria da vontade foi, em grande medida, o produto natural de uma época profundamente marcada, no plano político, pelas revoluções liberais norte-americana e francesa e, no plano filosófico, pela concepção kantiana de que o direito seria «o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio do outro segundo uma lei universal de liberdade».³⁶⁸ O seu pensamento influenciaria de modo decisivo a evolução do pensamento jurídico moderno continental e anglo-americano.³⁶⁹

A divergência entre o pensamento destes dois autores é metodologicamente profunda. SAVIGNY sustentara que os institutos jurídicos, entre os quais o conceito de direito subjectivo, tinham uma existência própria alheia aos fins a que se destinam. Segundo o autor, os institutos jurídicos seriam algo de historicamente dado, presente no espírito ou consciência comum de um povo, que o jurista deveria encontrar, mais do que construir, através de uma intuição integral do seu nexo orgânico, do qual se extrairiam as regras e os conceitos jurídicos, por um processo de abstracção e sistematização baseado no método

366 Entre eles se incluindo, numa primeira fase, o próprio JHERING. Para uma exposição do legado de JHERING, cfr. FIKENTSCHER, *Methoden*, pp. 101-282; ou LARENZ, *Metodologia*, pp. 55-63. Sobre o conceito de interesse e o seu surgimento e expansão nos direitos continentais, incluindo uma análise do contributo de JHERING, embora com um especial enfoque no domínio indemnizatório, do interesse contratual negativo, por contraposição ao interesse contratual positivo, como medidas dos danos ressarcíveis, cfr. P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, pp. 73-211.

367 SAVIGNY, *System* (1840), p. 7. Sobre a centralidade da vontade humana no sistema de direito privado savigniano e a importância do nível significativo-ideológico do seu conceito de direito subjectivo, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 313-314. Para uma análise do legado de SAVIGNY, cfr. ainda FIKENTSCHER, *Methoden*, pp. 37-77; CASTANHEIRA NEVES, *EHD*, pp. 203-214; e LARENZ, *Metodologia*, pp. 9-19. Cfr. COING, *Geschichte*, pp. 29-55, sobre o desenvolvimento histórico do conceito de direito subjectivo, que iria dominar a ciência jurídica germânica dos sécs. XVIII e XIX.

368 KANT, *Metaphysik* (1797), «Einleitung in die Rechtslehre» § B, p. 337 (Parte I p. 36 trad. MOURÃO e p. 43 trad. LAMEGO).

369 Nos anos que se lhe seguiram, entre os principais correligionários da teoria da vontade contam-se, do lado continental, PUCHTA e WINDSCHEID e, do lado anglo-americano, ANSON e PARSONS. Sobre a influência de SAVIGNY em Inglaterra e nos Estados Unidos, cfr. POUND, *Will*, pp. 4-19.

científico.³⁷⁰ Para JHERING, ao invés, o direito objectivo tem origem numa luta social de interesses – esses, sim, com uma existência real na sociedade – e vem a ser um meio para se atingir um fim – assegurar as condições de vida em sociedade.³⁷¹

«A ideia-base (...) é a de que o fim é o criador de todo o direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático.»³⁷²

JHERING rejeitaria a definição de direito subjectivo com base na ideia de vontade. Para o autor, uma vez que uma tal definição implica que a vontade esteja de alguma forma presente em todo o direito, esta teria como consequência necessária, desde logo, o não reconhecimento da existência de verdadeiros direitos em pessoas totalmente privadas de vontade racional, ou a existência de direitos que os seus titulares desconhecem, não podendo, por isso, ter qualquer espécie de vontade a seu respeito.³⁷³ Dizia JHERING:

«Os direitos não existem para realizar a ideia de vontade jurídica abstracta, mas antes para servir os interesses, as necessidades, os fins do tráfego. (...) Os direitos não produzem nada de inútil. A utilidade – não a vontade – é a substância do direito. (...) Tal como, efectivamente, o interesse se determina de modo diverso perante cada um dos direitos concretamente individualizados, também, na verdade, cada direito admitido em tese contém a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador, na perspectiva do seu tempo, como capaz e merecedor de protecção. (...) A segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos.»³⁷⁴

JHERING foi o grande inspirador da jurisprudência dos interesses. PHILIPP HECK, seu fundador e principal defensor, concebe o direito objectivo como um processo de tutela de interesses, e as normas jurídicas como o produto de conflitos de interesses de diversa ordem, factores práctico-sociais que lutam em cada momento pelo reconhecimento. A

370 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *EHD*, p. 211.

371 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *EHD*, p. 216.

372 JHERING, *Zweck I* (1877), p. *viii*. Cit. trad. portuguesa de LAMEGO, em LARENZ, *Metodologia*, p. 59.

373 Cfr. JHERING, *Geist* (1863), p. 332. Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 315-317.

374 JHERING, *Geist*, pp. 338-343.

valoração dos interesses em conflito resultaria, ela própria, da intervenção de interesses mais profundos de decisão, que estariam na base do juízo de valor do legislador.³⁷⁵

«O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. É a esses desejos e aspirações que chamamos interesses, e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos.»³⁷⁶

Assim, o julgador, para decidir os casos concretos que se lhe colocam, tem de penetrar, não tanto na intenção do legislador, entendida psicologicamente, mas antes nas forças sociais que estiveram na sua origem.³⁷⁷

3.1.2. O utilitarismo de Jeremy Bentham

Embora uma novidade no pensamento jurídico continental, a perspectiva teleológica e a referência específica aos interesses que encontramos no pensamento de JHERING, e posteriormente de HECK e no dos demais cultores da jurisprudência dos interesses, terá tido as suas raízes no utilitarismo de JEREMY BENTHAM.³⁷⁸

Segundo BENTHAM, a natureza colocou a humanidade sob o jugo de dois soberanos: a dor e o prazer. Ambos nos governam, determinando, não apenas como deveremos ou não deveremos agir em cada momento, mas também como efectivamente agimos em cada momento.³⁷⁹ O seu sistema funda-se no «princípio da utilidade», de acordo com o qual uma acção será boa ou má em função da sua propensão para aumentar ou diminuir a felicidade daquele ou daqueles cujo interesse está em causa. Estando em causa um determinado indivíduo, relevará naturalmente a sua própria felicidade. Se o que está em

375 Sobre HECK e a jurisprudência dos interesses, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Jl*, pp. 215-246; e LARENZ, *Metodologia*, pp. 63-77.

376 HECK, *Interpretação* (1932), p. 13. Cfr. ainda *Grundriss*, pp. 471-482. Desta premissa retira o autor a conclusão de que «a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses». HECK, *Interpretação*, p. 10.

377 Para uma crítica das obras de SAVIGNY, JHERING e HECK, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, pp. 203-246.

378 Neste sentido, COING, *Bedeutung*, pp. 69-88. A obra de BENTHAM foi traduzida para o alemão e publicada em 1830 em Berlim pelo filósofo FRIEDRICH EDUARD BENEKE.

379 Cfr. BENTHAM, *Principles*, pp. 8-12.

causa é, pelo contrário, a comunidade em geral – que em si mesma considerada não passaria de uma abstracção – será relevante a soma dos interesses de cada um dos seus membros, devendo então procurar-se a acção que trouxer a maior felicidade para o maior número.³⁸⁰

O próprio BENTHAM reconhece a dificuldade de encontrar uma definição satisfatória do interesse. Explica, todavia, que algo será do interesse de um determinado indivíduo quando tende a aumentar o conjunto dos seus prazeres ou a diminuir o conjunto das suas dores.

Em grande medida, ao defender as suas ideias, BENTHAM reagia contra o jusnaturalismo de ascendência lockiana³⁸¹ que perpassava as concepções sócio-políticas justificativas das revoluções liberais norte-americana e francesa, de acordo com as quais «todos os homens foram criados livres e iguais» e todos eles gozam de «direitos naturais e inalienáveis», entre os quais os direitos à vida, à liberdade e à «procura da felicidade», à propriedade, à segurança e à resistência à opressão, cuja conservação seria «a finalidade máxima de toda a associação política».³⁸² Poderemos dizer, tentando sintetizar a oposição entre o jusnaturalismo e o utilitarismo, que a primeira destas doutrinas defende um princípio individualizador distributivo que confere prioridade a alguns valores básicos de cada indivíduo, enquanto a segunda defende um princípio maximizador colectivo que impõe aos governos a maximização do resultado líquido correspondente à soma da felicidade de todos os indivíduos.³⁸³ Esta apologia do intervencionismo maximizador do poder político marca ainda uma outra importante característica do utilitarismo benthamiano – o seu reformismo social e legislativo, profundamente avesso ao princípio do *laissez-faire laissez-passer* subjacente ao liberalismo clássico de inspiração lockiana.³⁸⁴

380 Cfr. BENTHAM, *Principles*, p. 9.

381 Cfr. o *Second Treatise* de LOCKE (Cap. II). Esta referência a LOCKE, como enquadramento das revoluções liberais contemporâneas de BENTHAM, não prejudica, evidentemente, que as concepções éticas da lei natural tenham no período medieval os seus principais defensores, como TOMÁS DE AQUINO.

382 Cfr. *The Unanimous Declaration of the Thirteen Colonies*, de 4 de Julho de 1776, disponível em http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/declaration_transcript.html; e *La Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen*, de 26 de Agosto de 1789, disponível em http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_declaration_des_droits_de_l_homme_et_du_citoyen/la_declaration_des_droits_de_l_homme_et_du_citoyen.21056.html. Cfr. uma versão em português desta última em JORGE MIRANDA, *Constituições*, pp. 367-369. Cfr. a feroz crítica de BENTHAM, *Principles*, pp. 88-89 n. 355 (*concluding note* acrescentada em Janeiro de 1789).

383 A distinção pertence a HART, *Utilitarianism*, p. 182.

384 Cfr. HART, *Utilitarianism*, p. 185.

Ao ver nos direitos apenas um meio para atingir um fim, reconduzindo-os a interesses juridicamente protegidos e recusando-lhes a inalienabilidade e a natureza intemporal e absoluta, independente do direito positivo, JHERING funda o seu pensamento no utilitarismo benthamiano. Afasta-se, todavia, do utilitarismo clássico benthamiano ao sustentar que, na criação do direito, só o que uma dada sociedade considera útil para o seu bem-estar decidirá da sua própria exigência de felicidade, sendo essa utilidade colectiva que está por detrás do direito, e não o conjunto das utilidades de cada um dos indivíduos que compõem um determinado colectivo.³⁸⁵ JHERING qualifica, aliás, a sua própria doutrina como um «utilitarismo social ou comunitário».³⁸⁶

3.1.3. Interesse e direito subjectivo

A teoria do interesse, nas suas mais diversas expressões, tornar-se-ia a arqui-rival da teoria da vontade em matéria de fundamentação no direito privado contemporâneo.³⁸⁷ De uma forma ou de outra, mais abertamente ou apenas subliminarmente, ainda hoje se digladiam os partidários de ambas as teorias, a propósito, quer do conceito de direito subjectivo, quer, mais genericamente, da fundamentação jusfilosófica do negócio jurídico.

Temos, por um lado, aqueles que reconduzem a característica primordial do direito subjectivo a um espaço de liberdade, a uma oportunidade de escolha atribuída ao seu titular, ou que justificam a vinculatividade do negócio jurídico no princípio da autonomia da *vontade* como expressão última de liberdade no domínio do direito privado e, por outro lado, aqueles que instrumentalizam o conceito de direito subjectivo à prossecução de um determinado fim, à protecção de determinados aspectos do bem-estar do seu titular, ou que buscam a fundamentação última da vinculatividade dos negócios jurídicos em princípios extrínsecos à autodeterminação das partes.

Poderá talvez dizer-se que, tendencialmente, no que respeita ao conceito de direito subjectivo, esta oposição se encontra hoje em dia mais acesa no mundo anglo-americano,³⁸⁸ tendo a discussão em torno do mesmo conceito abandonado, de certo

385 Cfr. COING, *Bedeutung*, p. 76; e LARENZ, *Metodologia*, pp. 61-63.

386 *Gesellschaftliche oder soziale Utilitarismus*. JHERING, *Zweck II*, pp. 168-180.

387 Veja-se, sobre a querela, no contexto da análise das diversas concepções sobre a noção de direito subjectivo, SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, pp. 37-74.

388 Para uma panorâmica do estado actual da questão no mundo anglo-americano, cfr. *Rights* de KRAMER/SIMMONDS/STEINER; e *Rights* de WENAR.

modo, no mundo continental, a dicotomia entre o interesse e a vontade, em detrimento das referências a esta última,³⁸⁹ o mesmo não acontecendo no que respeita à fundamentação jusfilosófica do negócio jurídico, em que, por influência do jusnaturalismo, foi maior o peso atribuído, no continente europeu, ao princípio da autonomia privada como expressão última de liberdade, não tendo este princípio logrado alcançar semelhante primazia nos países de tradição anglo-americana.³⁹⁰

O *pacta sunt servanda*, princípio basilar de direito continental – na estrita medida em que assenta a natureza vinculativa dos contratos na própria ideia de pacto, de um compromisso firmado entre as partes – é historicamente estranho ao direito inglês dos contratos,³⁹¹ de raízes marcadamente proprietárias e delituais, que resultaram na necessidade de fundar a vinculatividade dos contratos em algo diverso da pura e simples autonomia da vontade, sentida desde os primórdios da teorização, comparativamente tardia, de certos tipos de relações entre os sujeitos privados através do recurso ao esquema contratual.³⁹² Para o utilitarismo clássico benthamiano, bem como para muitos outros pensadores do direito anglo-americano, essa justificação estaria, designadamente, no princípio da tutela da confiança.³⁹³

O utilitarismo clássico benthamiano é talvez o caso paradigmático das correntes de pensamento ditas teleológicas ou consequencialistas, segundo as quais, tal como o nome indica, o valor moral de um determinado acto dependeria única e exclusivamente das respectivas consequências, no caso do consequencialismo de actos (*act consequentialism*), ou da sua conformidade com a regra imaginada que produziria as melhores consequências, no caso do consequencialismo de regras (*rule consequentialism*). No utilitarismo de BENTHAM, o critério eleito foi o da sua propensão para aumentar ou diminuir a felicidade do maior número, o que faz dele um consequencialismo hedonístico. Mas as

389 Cfr., designadamente, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 69-119, *maxime* p. 119.

390 Cfr., a este respeito, SPECTOR, *Fairness*, pp. 521-539; e S. A. SMITH, *Towards*, pp. 107-129.

391 Mas apenas historicamente estranho. Veja-se, por exemplo, as afirmações de Sir George Jessel, M.R., em *Printing & Numerical Registering Co. v Sampson* (1875), de que «se há coisa que, mais do que qualquer outra, a ordem pública exige é que os homens maiores de idade e de discernimento competente tenham a maior liberdade de contratar, e que os seus contratos, se livre e voluntariamente celebrados, se considerem sagrados e se executem coercivamente pelos Tribunais de Justiça» (p. 465).

392 Cfr. HYLAND, *Pacta*, pp. 359-381; GORDLEY, *Foundations*, p. 284; KENNEDY, *Will Theory*, pp. 140-160; e CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON, *Law of Contract*, pp. 1-18.

393 Para uma síntese do pensamento utilitarista em matéria de justificação jusfilosófica do negócio jurídico, cfr. ATIYAH, *Promises*, pp. 30-86.

possibilidades são infindáveis. Necessária será a existência de um ou mais valores que qualificam as consequências de toda a conduta humana e em função dos quais se afere a respectiva bondade, ou das regras que a determinam.³⁹⁴ No caso do utilitarismo, estes «valores» são a felicidade, o bem-estar ou as preferências das pessoas.

Ao erigir a felicidade como um fim, o utilitarismo contrapõe-se directamente ao jusnaturalismo, segundo o qual há certos valores intemporais e absolutos que não poderão ser subordinados ou instrumentalizados à prossecução de qualquer fim. O jusnaturalismo é o paradigma das correntes de pensamento ditas deontológicas, fundadas num conjunto porventura variado de princípios gerais, de acordo com as quais o que determina se um dado acto é moralmente valioso ou desvalioso é intrínseco a esse acto e não a uma sua consequência.

Historicamente, a oposição entre o utilitarismo e o jusnaturalismo deu origem à oposição entre as teorias do interesse e da vontade, na medida em que estas últimas apareceram, numa determinada fase, como um subproduto do jusnaturalismo. Essa oposição não é, contudo, ideológica ou sequer conceptualmente necessária.

Veja-se o caso de MENEZES CORDEIRO. Para este autor não é exacta a concepção que assenta o conceito de direito subjectivo na ideia de vontade, por não corresponder à verdade antropológica e existencial de toda a juridificação ser imposta, inculcada do exterior, não resultando dos próprios sujeitos – posição que o coloca firmemente no campo das teorias anti-jusnaturalistas. No entanto, o autor rejeita igualmente a definição do conceito de direito subjectivo fundada no interesse:

«De facto, em múltiplas situações, há direitos subjectivos, válidos e eficazes, que não correspondem a interesses objectivos ou subjectivos: o proprietário de coisa deteriorada não deixa de ter esse direito e a correspondente protecção. O único juiz dos interesses subjacentes aos direitos é, pela lógica da jussubjectivação, o próprio titular. Qualquer outra solução implicaria instituir, fora do direito, uma nova instância de controlo: não havendo interesse, desapareceria o direito.»³⁹⁵

394 Para uma panorâmica actual dos diversos consequencialismos, cfr. o *Consequentialism* de SINNOTT-ARMSTRONG.

395 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 319.

Em face da ocorrência histórica de textos legais como os respeitantes à dignidade de protecção legal, que adiante serão analisados, a sua preocupação será justificada.³⁹⁶ Note-se, contudo, que se encontra actualmente bastante difundida entre os chamados teóricos do interesse a proposição segundo a qual a sua definição do conceito de direito subjectivo não pressupõe a aceitação da ideia de que não haveria direito sem interesse, ou seja, de que, em cada caso concreto, onde falha o interesse desapareceria necessariamente o direito que o protegia, bastando-se com a asserção de que, genericamente, a função primordial dos direitos consiste na promoção dos interesses dos respectivos titulares.³⁹⁷

Daí que, para quem assim pense, se num determinado caso concreto o proprietário de coisa deteriorada perdeu todo o interesse no objecto do seu direito, ainda assim, a sua subsistência justificar-se-ia porque, em geral, o reconhecimento dos direitos de propriedade é absolutamente essencial à prossecução dos interesses dos seus membros. Ou seja, não se trata de procurar o interesse concreto daquele proprietário no objecto da sua propriedade, mas antes de reconhecer o interesse abstracto, objectivo e independente da vontade do instituto da propriedade.

MENEZES CORDEIRO propõe-se unir os níveis técnico e significativo-ideológico do conceito de direito subjectivo, definindo-o como uma «permissão normativa específica de aproveitamento de um bem».³⁹⁸ É patente uma certa preocupação de raiz utilitarista na referência, já não a interesses, mas ao aproveitamento de um bem. Note-se, todavia, que já em JHERING se encontrava presente semelhante referência ao conceito de bem:

«A uma coisa que possa prestar-nos um serviço chamamos nós um bem.
(...) Qualquer definição do direito que não parta do conceito de bem em sentido amplo é, em minha opinião, uma definição falhada. Ante o conceito de bem perfilam-se os de valor e de interesse. O conceito de

396 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1465.

397 Cfr. WENAR, *Nature*, pp. 223-252. Esta ideia será por mim adiante retomada a propósito do interesse como elemento constitutivo do contrato de seguro. Cfr. *infra* o texto junto à n. 658.

398 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 332. Em Portugal, este tema fora já aprofundadamente tratado por GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, pp. 33-90, para quem o direito subjectivo seria a «afecção jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas» (p. 85). O autor precisava em seguida que, por «bem», entendia, em sentido amplo, «tudo o que sirva para o homem atingir qualquer fim» (p. 83). Cfr. ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria III*, p. 79; ou, em sentido mais restrito, C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 178-184. Cfr. a análise *infra* n. 1290 (referência à caracterização do direito subjectivo como um complexo de *right* + *privilege* hohfeldianos).

valor contém a medida da determinação da utilidade do bem, o conceito de interesse exprime a qualidade do valor na sua relação especial com os fins e circunstâncias do sujeito.»³⁹⁹

MENEZES CORDEIRO não despreza, contudo, o âmbito de liberdade concreta reconhecido aos sujeitos privados, operando em grande medida uma síntese entre as preocupações jusfilosóficas subjacentes às anteriores referências, quer ao interesse, quer à vontade.

«Há, pois, que assumir a dimensão significativa profunda do direito subjectivo, enquanto bastião da liberdade – ou seja: livre arbítrio – de cada um.»⁴⁰⁰

3.1.4. Descaracterização

A inexistência de uma oposição irreduzível entre as ideias de interesse e vontade desde cedo se anteviu. O próprio HECK definira os interesses como correspondendo às necessidades da vida, aos desejos e aspirações de ordem material e ideal existentes em cada sociedade. É patente o elemento volitivo presente nesta definição. BENTHAM defendera já que algo seria do interesse de um determinado indivíduo quando tendesse a aumentar o conjunto dos seus prazeres ou a diminuir o conjunto das suas dores. Ora, facilmente se compreende que esta definição, que, tal como foi inicialmente proferida, se referia especificamente ao valor felicidade, poderá ser adaptada – e tem vindo a ser adaptada – para funcionar com qualquer outro critério ou critérios subjacentes às mais diversas correntes de pensamento ditas consequencialistas. Algumas entradas de dicionário definem «interesse» como «um proveito ou vantagem que alguém retira de alguma coisa»⁴⁰¹ ou ainda como «importância dada a alguma coisa».⁴⁰² Trata-se, no essencial, da mesma fórmula, uma vez despida da referência concreta à felicidade.

Chegamos assim, designadamente, a correntes de pensamento contemporâneas como o chamado consequencialismo de preferências (*preference consequentialism*), segundo o qual o valor máximo por que deverá aferir-se da bondade de toda a conduta humana – ou das regras que a determinam – encontramo-lo na satisfação das preferências do conjunto dos

399 JHERING, *Geist*, pp. 340-341.

400 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 328.

401 Cfr. *Dicionário da Academia* (II).

402 Cfr. *Dicionário Houaiss* (II).

indivíduos que compõem uma dada comunidade.⁴⁰³ Esta concepção protagoniza um retorno à ideia de vontade, erigindo-a, desta feita, como valor último em função do qual são avaliadas as consequências de toda a conduta humana – ou das regras que a determinam. Nesta altura, antevemos já o último passo, que consiste na afirmação de que o consequencialismo, em si mesmo considerado, é uma realidade vazia, porque é tão vaga a referência às consequências de uma dada conduta que qualquer concepção ético-filosófica poderá ser redefinida em linguagem consequencialista.

O utilitarista JOHN STUART MILL, principal discípulo de BENTHAM, frisara já que o imperativo categórico da moral kantiana, *age de modo que a máxima da tua conduta possa ser adoptada como lei por todos os seres racionais*, conteria, em si mesmo, o reconhecimento implícito de que o interesse da humanidade terá de estar na mente do agente quando decide, em consciência, da moralidade dos seus actos:

«Para dar algum significado ao princípio de Kant, o sentido que lhe é atribuído tem de ser que deveremos moldar a nossa conduta de acordo com uma regra que todos os seres racionais pudessem adoptar com benefício para os interesses colectivos.»⁴⁰⁴

STUART MILL pretendia com isto defender a irrefutabilidade da argumentação utilitarista, com a demonstração de que esta seria usada até por KANT. Em tempos mais recentes, todavia, um número crescente de autores tem vindo a argumentar, ao invés, que todos nós somos consequencialistas, na medida em que é perfeitamente possível «consequencializar» qualquer teoria moral, pegando nos aspectos de um acto que essa teoria considere relevantes, quaisquer que eles sejam, para os reformular em seguida enquanto consequências desse mesmo acto.⁴⁰⁵

Partindo desta asserção, chega-se à proposição de que o consequencialismo, genericamente considerado, não traz, em si mesmo, conteúdo substancial próprio, dado que corresponde a uma simples estrutura formal, pronta a assimilar, sem excepção, todo e qualquer conteúdo.⁴⁰⁶ O mesmo será dizer que o que haverá de substancial em cada

403 Sobre o consequencialismo de preferências cfr. SINNOT-ARMSTRONG, *Consequentialism*, s. 3.

404 STUART MILL, *Utilitarianism*, p. 136. Sobre o seu pensamento, cfr. os *Fundamentos* de SOUSA BRITO.

405 Cfr. DREIER, *Structures*, pp. 22-40.

406 Cfr. o *Consequentialise This* de BROWN.

corrente de pensamento dita consequencialista será o critério ou critérios que a mesma erige como determinantes da bondade das consequências e a sua justificação. No caso do utilitarismo clássico benthamiano, o critério era a felicidade. BENTHAM admitia frontalmente a impossibilidade de demonstrar a rectidão do seu princípio da utilidade, «porque aquilo que é usado para demonstrar tudo o mais não pode, em si mesmo, ser demonstrado: uma cadeia de demonstrações tem de ter o seu início nalgum lado».⁴⁰⁷

O argumento de que todas as correntes de pensamento serão consequencializáveis e de que, por esse motivo, o consequencialismo não tem conteúdo, tendo embora um número crescente de adeptos, está longe de ser maioritariamente aceite. Fica-nos, contudo, no que respeita ao conceito de interesse, a ideia da sua maleabilidade, enquanto mera susceptibilidade de se fazer algo com um bem.⁴⁰⁸

3.1.5. A função dogmática do conceito de interesse

Restar-nos-á averiguar se, em virtude desta sua maleabilidade, o conceito de interesse poderá de algum modo ganhar substância, por forma a que o uso que concretamente dele se faz desempenhe alguma função, em geral, nos vários preceitos de direito privado português que lhe fazem referência e, em particular, nos preceitos que a ele se referem, a propósito dos terceiros ou do contrato de seguro, no Código Civil e na Lei do Contrato de Seguro. Entendo que a resposta a esta questão será afirmativa, mas que, precisamente por força da referida maleabilidade, o conceito não tem sido usado numa única acepção, nem na lei nem na doutrina. Quanto à primeira, no que ao nosso ordenamento concerne, na maioria das vezes, os vocábulos «interesse» ou «interesses» seriam facilmente substituíveis – ou até mesmo suprimíveis – sem perda de sentido dos preceitos em que se inserem. Veremos já de seguida alguns exemplos.

O conceito de interesse seria, na sua origem, um conceito relacional – *res quae inter est*, conforme entendimento da tradição pandectística, que precisava que a relação seria temporalmente determinada, estabelecendo-se entre os momentos anterior e posterior ao

407 BENTHAM, *Principles*, p. 10.

408 GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, p. 69, considerava-o uma noção insuficiente e vaga. No contexto dos interesses da empresa, vai mais longe MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 273, ao afirmar que «a noção de interesse não é dogmaticamente aproveitável, no estado actual da Ciência do Direito». Não irei tão longe. Aproximo-me de P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, pp. 73 e 416, quando, sem negar a sua «congénita ambivalência», observa que se trata de um conceito «cuja relevância não sofre dúvida significativa, não só nas ciências sociais em geral, como especialmente no Direito».

evento danoso e, por isso, fundindo-se, de certo modo, no próprio conceito de dano – de dano patrimonial.⁴⁰⁹ Em sentido diverso se fala em interesse quando se define o conceito como relação entre um sujeito e um bem – veremos que é esse o caso no domínio do direito dos seguros.⁴¹⁰ É este um sentido de sabor jheringiano: o interesse como aptidão ou utilidade de um bem para satisfazer uma necessidade de um determinado sujeito. Neste sentido se diz por vezes que o dano – o dano real – corresponde à negação ou lesão de um interesse.⁴¹¹ A ideia sobreviveu mais ou menos intacta até aos nossos dias, embora, como veremos, possam identificar-se algumas *nuances* entre os seus vários utilizadores. Adoptarei, para a análise que me proponho fazer, uma definição, comum a muitos autores, que apresenta o interesse como a relação entre o sujeito de uma necessidade e o bem de que necessita.⁴¹² Aceito ainda a distinção entre os conceitos de

409 MOMMSEN, *Interesse*, p. 3, fazia corresponder o interesse, em sentido técnico, à diferença entre o valor do património de uma pessoa, conforme este se encontra num dado momento, e o valor desse mesmo património no estado em que se encontraria, não fora a ocorrência de um determinado evento danoso. É esta a teoria da diferença (*Differenztheorie*).

410 HONSELL, *Herkunft*, pp. 69-70, argumenta que era errónea a interpretação do direito romano que esteve na origem da aceção que a palavra assumiu na tradição pandectística, dado que, nas fontes de direito romano, nunca a palavra significou «o que está entre» e sim «o que está lá». O autor sustenta que, portanto, também no direito romano o conteúdo relacional do conceito ocorria entre uma pessoa e um bem, e não, como pretendiam os pandectistas, entre o dano e o não-dano. Em defesa da «congénita ambivalência» do interesse, cfr. P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual, maxime* pp. 73-78. O autor salienta esta oposição entre o interesse como relação e o interesse como diferença.

411 Sobre esta distinção, que não cabe aqui aprofundar, entre os conceitos patrimonial e real de dano, e a sua relação com os conceitos de interesse, veja-se MÖLLER, *Einzel Schaden*, pp. 30-31. O autor comentava que, num dos sentidos, o conceito de interesse acaba por ser idêntico ao de dano, enquanto que, no outro sentido, representa precisamente o seu oposto. Cfr. ainda LANGE/SCHIEEMANN, *Schadensersatz*, pp. 69-70, bem como as referências bibliográficas dos partidários da definição do conceito de dano por referência à noção de negação ou lesão de um interesse, p. 28 n. 16. No domínio específico dos seguros, vejam-se ainda EHRENBURG, *Interesse*, pp. 1-70; WINTER, *Risikobeschreibungen*, p. 1207; ou KRAUSE, *Begriff*, p. 90. Em Itália, a fórmula do conceito de dano como lesão do interesse é comumente associada à obra de CARNELUTTI. Veja-se, sobretudo, o seu *Danno*, pp. 13-14 e 61-62. Sobre esta associação, cfr., todavia, a posição crítica de VISINTINI, *Trattato*, p. 432.

412 Cfr. PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 174-175, para quem o interesse é «um ponto de vista da relação entre a situação de necessidade ou carência de determinada pessoa e o bem *lato sensu* capaz de preencher essa carência». Cfr. ainda DIAS MARQUES, *Introdução*, p. 19: «de um lado está o *homem*, com as suas *necessidades*, de outro os *bens*, com a sua *utilidade*». O interesse seria o «elemento de síntese constituído pela relação existente entre os dois pares de realidades contrapostas». O autor definia-o como «a relação existente entre alguém que experimenta uma necessidade – o sujeito do interesse – e um bem que é apto a satisfazê-la – o objecto do interesse». Seguia a tradição de autores como ROCCO, *Reato*, pp. 243-271, *maxime* pp. 246 e 267-269, que definia o interesse como um juízo da utilidade de um bem para satisfazer uma necessidade, distinto desta última porque pode ter-se necessidade sem interesse, se não houver consciência daquela e/ou do modo de satisfazê-la, distinto do bem porque deste pode não haver sequer conhecimento, ou pode este não ser reconhecido enquanto bem, distinto da utilidade, porque pode haver coisas úteis sem que como tal sejam reconhecidas como pode haver coisas inúteis que sejam tidas como de grande utilidade. Como NICOLÒ, *L'adempimento*, pp. 71-72, para quem o interesse seria «a expressão sintética (...) de uma relação de tensão entre a vontade do sujeito e um determinado bem da vida» (p. 71). E sobretudo CARNELUTTI, *Teoria*, pp. 31-32 e 58, para quem o interesse era a posição apta à satisfação de uma necessidade ou, mais

interesse objectivo e de interesse subjectivo, correspondendo o primeiro à «virtualidade que determinados bens têm para a satisfação de certas necessidades» e o segundo à «relação de apetência que se estabelece entre o sujeito carente e as realidades aptas a satisfazê-lo».⁴¹³

Entendo que é com o sentido de relação entre uma pessoa e um bem que a palavra «interesse» está presente no artigo 398.º/2 CC.⁴¹⁴ E que é também este o sentido da mesma palavra quando usada, designadamente, nos arts. 41.º/2, 305.º/1, 465.º/a), 575.º, 607.º, 770.º/d), 792.º/2 e 808.º/1, todos do Código Civil. Em todos estes preceitos, o recurso ao conceito de interesse tem em comum a sua função de crivo para a relevância de certos factos. Veja-se o caso do art. 808.º/1 CC. Pretende-se que a conversão da mora do devedor em incumprimento definitivo dependa da perda do interesse enquanto aptidão ou utilidade da prestação, «apreciada objectivamente», para a satisfação de uma necessidade do credor. A perda do interesse determina quais os atrasos que relevam ou não como incumprimento definitivo. Tome-se agora em consideração o disposto no art. 502.º CC. Neste caso, embora continue presente uma certa ideia de utilidade, o que está em causa é a finalidade subjectiva de uma dada conduta humana: a referência a quem «no

simplesmente, a relação entre o homem e um bem. GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, p. 72, observava, por sua vez, que a teoria do interesse dá aos elementos «meio» e «fim», próprios da economia, os nomes de «bem» e de «necessidade». Embora se verifique que, neste ponto, a nossa doutrina parece ter sido mais directamente influenciada pela sua congénere italiana, a verdade é que esta definição vem entroncar no uso jurídico comum do termo «interesse» na doutrina civilística romano-germânica, inclusive, como veremos, no domínio do direito dos seguros, a começar por BENECKE (cfr. *infra* o texto junto à n. 457) e por EHRENBURG (cfr. *infra* n. 466). O mesmo se diga dos autores há pouco referidos, como HONSELL (cfr. *supra* nn. 410 e 411). Um pouco diferente é a definição de CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, p. 61 n. 121. Numa linha mais voluntarista, o autor faz corresponder o interesse ao *desejo* de um bem considerado apto para satisfazer uma necessidade, na senda de GROPPALI. Já P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, pp. 432 e 724, escusa-se a apresentar uma «exacta delimitação conceitual de uma noção geral de interesse» dado o conceito só lhe importar «no domínio indemnizatório, para a oposição entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo». Nesse domínio mais restrito, diferente do que me ocupa, define o interesse como a relação entre o lesado e a situação em que estaria sem o evento lesivo, e também, por metonímia, «apenas o estado ou situação em que o lesante estaria se não fosse o evento». Para um exemplo, bastante distante, da utilização do conceito de interesse no contexto particular das decisões jurisprudenciais dos tribunais superiores norte-americanos, cfr. FRIED, *Two Concepts*, pp. 755-778.

413 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 316 (na senda de HECK). Esta contraposição entre as concepções subjectiva e objectiva do interesse será hoje maioritária. Neste sentido, P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, p. 428 n. 1422.

414 A análise, muito sumária, que se segue não tem pretensões de exaustividade. Ficam de fora casos particulares como o dos arts. 212.º e 1464.º CC. Veja-se a análise da referência ao interesse «digno de protecção legal» constante do art. 398.º/2 CC, juntamente com as do art. 443.º/1 CC e do art. 43.º/1 LCS, *infra* no texto a partir da n. 1465. Cfr. ainda a análise de P. MOTA PINTO, *Interesse Contratual*, pp. 422-425.

seu próprio interesse utilizar quaisquer animais» é, na verdade, uma alusão à intenção – ou seja à vontade – do agente.

Já num grande número de ocorrências, os vocábulos «interesse» ou «interesses» não desempenharão qualquer função própria, nos preceitos em que são empregados, sendo plenamente substituíveis ou até mesmo suprimíveis sem prejuízo para o intérprete-aplicador. São esses os casos em que se recorre à expressão «no interesse de» ou «nos interesses de» com o significado de «em benefício de» ou «tendo em atenção a posição ou simples existência de» determinado sujeito. Em todos eles, e no mínimo, tanto pode relevar uma utilidade apreciada objectivamente quanto a simples vontade do «interessado».

Atente-se, em primeiro lugar, no disposto nos arts. 287.º/1 ou 483.º/1 CC. Em qualquer destes casos temos referências ao escopo de certas disposições legais. Visa-se com essas referências restringir o âmbito subjectivo destes preceitos por remissão para o âmbito subjectivo de outros preceitos legais, ou seja, para os sujeitos cuja protecção é finalidade desses últimos. As pessoas «em cujo interesse a lei a estabelece» são também as pessoas «que a lei visa proteger». E a disposição legal «destinada a proteger interesses alheios» será também a disposição legal «destinada a proteger terceiros». Nestes casos não se vislumbra uma qualquer função própria que possa ser desempenhada pelo recurso aos vocábulos «interesse» ou «interesses». E perde-se de vista a ideia de aptidão ou utilidade de um bem para satisfazer uma necessidade de um determinado sujeito.

Pense-se agora no disposto nos arts. 265.º/3, 448.º/2 ou 1170.º/2, todos do Código Civil. Nestes casos, o objecto da análise do intérprete-aplicador não será já a própria lei, mas sim o conteúdo de um determinado negócio jurídico. Desta feita, pretende-se identificar, no conteúdo de um negócio, qual das partes logrou assegurar uma determinada pretensão à verificação do facto em causa. O que se procura, em suma, é saber quem é «o senhor da cláusula»: quem pode exigir a sua execução ou dela prescindir. E isto faz-se pela interpretação.⁴¹⁵ Os interesses relevam aí decerto, mas relevam como

415 Cfr., sobre a importância deste tipo de análise do negócio jurídico por contraposição a uma análise que examine o negócio jurídico como um todo independente de quem prometeu o quê a quem, MARGARIDA LIMA REGO, *No Right*, pp. 15-30.

elementos contextuais da interpretação, podendo mesmo ser dispensados por uma redacção negocial mais cuidada.

Neste sentido, a circunstância de uma procuração ter sido conferida «no interesse do procurador ou de terceiro» ou de um mandato ter sido conferido «no interesse do mandatário ou de terceiro» mais não é do que uma referência à circunstância de se ter acautelado, no contexto negocial em que a procuração é outorgada ou no conteúdo do contrato de mandato, um qualquer aspecto atinente à pessoa do procurador ou mandatário ou à de um terceiro.

No contrato a favor de terceiro, similarmente, o facto de a promessa ter sido feita «no interesse de ambos os outorgantes» mais não representa do que a existência de um negócio em que a realização de uma dada prestação tem correspondência em pretensões, quer do promitente, quer do estipulante.⁴¹⁶ O mesmo será dizer que, no conteúdo do contrato, contrariamente à situação, de verificação mais frequente, em que cada parte procurou e logrou assegurar, com o negócio, unicamente a execução da prestação da parte contrária, neste caso ambos os contraentes visaram – e conseguiram – assegurar o cumprimento de uma mesma prestação.

Ora, também no acto de interpretar um negócio jurídico o conceito de interesse enquanto utilidade objectiva teria o seu papel a desempenhar. Com efeito, em circunstâncias normais, na ausência de indicação em contrário, um negócio jurídico deverá ser interpretado no sentido de «o senhor da cláusula» corresponder à pessoa que teria alguma utilidade objectiva na sua estipulação.⁴¹⁷ Mas não é ao papel desempenhado pelo interesse no processo interpretativo que estes preceitos legais fazem expressamente referência. Diversamente, a lei recorre a um conceito que, na realidade, designa apenas um factor importante para a interpretação, quando pretende referir-se antes ao próprio efeito jurídico da interpretação enquanto resultado.⁴¹⁸ Ao fazê-lo, perde de vista, mais uma vez, a ideia de interesse como aptidão ou utilidade de um bem para satisfazer uma necessidade de um determinado sujeito.

416 Regressarei adiante ao contrato a favor de terceiro. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1311.

417 Tal como acontece, aliás, na determinação do beneficiário do prazo a que se refere o art. 779.º CC.

418 Quanto à distinção entre os argumentos para a interpretação e o efeito jurídico da interpretação, cfr. MÚRIAS/PEREIRA, *Obrigações de Meios*, p. 7. Os autores tratam a questão do «interesse do credor» (ou seja, dos «resultados exteriores» da prestação).

Em suma, quer se trate do escopo de disposição legal ou do conteúdo de negócio jurídico, a conclusão a que se chega, em todos esses casos, é a de que é despicienda a referência ao interesse nos preceitos examinados, porquanto, em lugar do recurso ao conceito relacional que desempenha, quando usado, uma função própria razoavelmente delimitada, estas últimas referências serão facilmente substituíveis – ou até mesmo suprimíveis – sem perda de sentido dos preceitos em que se inserem. De igual modo, em nenhum desses casos – ao contrário do que sucede, como veremos, em ambas as alusões ao «interesse digno de protecção legal» – são detectáveis vestígios de uma adesão, mais do que meramente nominal, ao utilitarismo social subjacente ao pensamento de JHERING ou de HECK e da jurisprudência dos interesses.

3.2. O interesse no seguro

3.2.1. A experiência inglesa: dois conceitos de interesse

O interesse terá pela primeira vez sido apontado como um elemento constitutivo de todo o contrato de seguro em 1719 por GIUSEPPE LORENZO MARIA DE CASAREGIS.⁴¹⁹ A ideia surgiu no contexto da distinção, cuja necessidade ou conveniência foi desde muito cedo sentida, entre os contratos de seguro e de jogo.⁴²⁰ A identificação do elemento do interesse no contrato de seguro é, por conseguinte, significativamente anterior ao pensamento de BENTHAM e de JHERING. O que não significa que, a seu tempo, o pensamento destes autores não viesse a influenciar o seu desenvolvimento. Naquela época, não haviam ainda maturado as críticas que levariam à posterior introdução, mais

419 Cfr. CASAREGIS, *Discursus*, p. 23 (*Discursus IV* mm. 1-5). GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 341-342, atribuía a estreia a STRACCHA, autor italiano do séc. XVI. Reconheceu, todavia, a CASAREGIS a autoria da primeira teoria do interesse digna desse nome, bem como a afirmação de que não há seguro sem interesse, embora com uma certa identidade de sentido entre os conceitos de *interesse*, *risicum* e *dominium* utilizados pelo autor.

420 CASAREGIS, *Discursus*, pp. 45-47 (*Discursus VII*), dedicava já um capítulo do seu tratado à distinção entre o contrato de seguro (*contractum assecurationis*) e o jogo (*contractum sponsonis*). A p. 47 (*Discursus VII* m. 15), distinguia entre a *propria assecuratio* (o seguro em sentido próprio) e a *impropria assecuratio* (o suposto seguro que na verdade é um jogo). A origem é incontroversa. Cfr. GÄRTNER, *Entwicklung*, p. 343; ou KRAUSE, *Begriff*, p. 1. Actualmente, a necessidade de distinção não se sente com a mesma acuidade. KIMBALL, *Public Policy*, p. 32, observava que, nos primórdios da actividade seguradora, a incerteza era tanta para o segurador como para o segurado – daí o espaço para o jogo. No entanto, o recurso aos seguros como instrumento de jogo já era bastante invulgar no início do séc. XX. A partir de certa altura, os custos suportados pela indústria seguradora tornaram-se tão pesados, e as técnicas da ciência actuarial tão avançadas, que um jogador só teria perspectivas razoáveis de ganho se deixasse de jogar e se dedicasse, pura e simplesmente, à fraude.

ou menos generalizada, de fortes restrições ao contrato de jogo. Essa inovação viria a surgir num dos países onde o seguro se implantara com maior peso, a Inglaterra.⁴²¹

A importância do interesse como elemento constitutivo do seguro vem a consolidar-se quando se lhe confere força legal enquanto requisito do seguro, primeiro no *Marine Insurance Act* de 1745⁴²² e, uns anos depois, no *Life Assurance Act* de 1774.⁴²³ Nestes diplomas, foram proibidas as apostas, que antes se praticavam livremente, sobre a vida de terceiros ou o sucesso de empreendimentos marítimos. A proibição foi o resultado de uma gradual tomada de consciência de que apenas uma destas actividades era económica e socialmente positiva.⁴²⁴ Duas razões foram consistentemente dadas para a imposição,

421 Em rigor, todavia, encontramos nalguns textos legais mais antigos referência ao requisito do interesse. URÍÀ, *Orientaciones*, pp. 351-352, cita o Capítulo IX da *Ordenanza de Barcelona* de 1484, onde se dizia que o tomador tinha de jurar «que as coisas que fazem segurar são suas próprias ou daqueles por quem se fazem segurar ou dos seus participantes ou de outros tendo parte ou interesse» (*que les coses que fan assegurar són lurs pròpies o d'aquells per qui s'fan assegurar o de lurs participis o d'altres havents part o interés*). Sobre a evolução histórica das atitudes sociais perante o jogo, no nosso país e nos países vizinhos, desde a antiguidade clássica, cfr. C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta*, pp. 33-54.

422 *Marine Insurance Act* de 1745: «Considerando que a experiência mostrou que a celebração de seguros com ou sem interesse, ou com dispensa de prova de interesse, deu azo a muitas práticas perniciosas, em virtude das quais numerosos navios, com as respectivas cargas, foram fraudulentamente perdidos ou destruídos, ou tomados pelo inimigo em tempo de guerra; e que tais seguros encorajaram a exportação de lã e a prática de muitos outros comércios proibidos ou clandestinos, ocultados por meio de tais seguros, escudando as respectivas partes de prejuízos, tendo ainda contribuído para a diminuição do erário público, para grande detrimento dos comerciantes honestos; e que a introdução de uma espécie maliciosa de jogo ou de aposta, sob a aparência de um seguro dos riscos de navegação, e do comércio justo, pervertera a instituição e o designio louvável da actividade seguradora; e que aquilo que tinha por fim encorajar o comércio e a navegação acabou, em muitos casos, por se tornar prejudicial e destrutivo para os mesmos: Para seu remédio se legisle, por Sua Excelsa Majestade o Rei, por e com o conselho e o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais e dos Comuns, reunidos neste Parlamento, e por autoridade do mesmo, que a partir de 1 de Agosto de 1746, nenhum seguro será celebrado, por quaisquer pessoas, entidades jurídicas ou políticas, sobre quaisquer navios pertencentes a Sua Majestade, ou a algum dos seus súbditos, ou sob quaisquer bens, mercadorias ou pertences, carregados ou a carregar a bordo de tais navios, com ou sem interesse, ou com dispensa de prova de interesse além da posse da apólice, ou pela prática do jogo e aposta, ou sem o benefício do salvamento para o segurador; e que qualquer seguro assim celebrado será nulo para todos os efeitos e propósitos.».

423 O *Life Assurance Act* de 1774 é também conhecido como o *Gambling Act* de 1774. Cfr. o Preâmbulo: «Uma lei para a regulação de seguros sobre vidas, e para a proibição de todos esses seguros, excepto nos casos em que as pessoas que as segurem tenham um interesse na vida ou morte das pessoas seguras. Considerando que a experiência mostrou que a celebração de seguros sobre vidas ou outros eventos em que o segurado não tenha interesse introduziu uma espécie maliciosa de jogo. E a s. 1: «A partir da entrada em vigor desta lei, nenhum seguro será celebrado por quaisquer pessoas, entidades jurídicas ou políticas, sobre a vida de quaisquer pessoas, ou sobre quaisquer outros eventos, em que a pessoa ou pessoas para cujo uso, benefício ou por conta de quem o seguro for celebrado não tenham interesse, ou pela prática do jogo ou aposta; e todo o seguro celebrado em contrariedade ao verdadeiro fim e sentido desta regra será nulo para todos os efeitos e propósitos.».

424 CLARKE, *Policies*, p. 36, defende que, de início, a distinção entre o seguro e o jogo não se mostrou necessária por se condenar a prática do jogo, mas unicamente por se considerar que a matéria do jogo não tinha dignidade suficiente para com ela se ocuparem os tribunais (cfr. *infra* n. 703). Dá

pela lei e pelos tribunais, do requisito do *insurable interest* no domínio dos seguros de vida, e depois nos restantes seguros: a necessidade, muito pragmática, de minimizar a tentação de causar deliberadamente o dano e a condenação moral da prática do jogo.⁴²⁵ Veremos adiante que são também estas as razões subjacentes à máxima de que o seguro deve apenas compensar os prejuízos, e não dar lucro – o princípio indemnizatório.⁴²⁶

De acordo com ambos os diplomas legais, as pessoas só poderiam celebrar contratos de seguro se tivessem um «interesse» no objecto do seguro, quer este se tratasse de uma pessoa ou de um navio, ou respectivo conteúdo.⁴²⁷ O seguro sem a presença de um «interesse» seria nulo. Na sequência destes primeiros impulsos legislativos, a exigência do interesse foi rapidamente erigida como princípio geral do seguro fora da circunscrição do seguro marítimo e do seguro de vida, tendo o requisito vindo a generalizar-se, na cultura jurídica anglo-americana, como uma necessidade em todas as classes de seguros.⁴²⁸

como exemplo o caso de *Gilbert v Sykes* (1812). O caso respeitava a uma aposta sobre a vida de Napoleão. À época, esta prática era relativamente comum. Nos arquivos do Lloyd's encontra-se a referência a um seguro de 21.05.1813 em que quatro seguradores se comprometiam perante um tal William Barrington a pagar-lhe £500 em caso de ocorrência da morte ou detenção de Napoleão Bonaparte até 21.06.1813. O exemplo é descrito por LOOSCHELDERS, *Zufall*, p. 531. Segundo FOUSE, *Policy Contracts*, pp. 250-251, os primeiros contratos de seguro de vida de que há memória eram, efectivamente, apostas sobre a vida de terceiros. Deu vários exemplos, ocorridos em Londres desde o séc. XVI. Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 6 n. 6, onde se dá conta do caso do Almirante John Byng. Este fora condenado à morte depois de ter liderado as tropas britânicas numa humilhante derrota, na Ilha de Minorca, em 1756. Uma vez que, segundo reza a história, a sua derrota se devera essencialmente à sua inexperiência, o tribunal marcial recomendou clemência na execução da sua pena. Esta circunstância deu azo a alguma discussão, e a muita incerteza no que respeitava ao *quando* e ao *an* da sua execução. Jorge II ignorou a recomendação e ordenou a execução, que teve lugar em 14 .03.1757. Entretanto, várias pessoas haviam celebrado contratos de seguro sobre a sua vida, cujo capital seguro vieram então reclamar.

425 Neste sentido, KIMBALL, *Public Policy*, p. 33. Cfr. CLARKE, *Policies*, pp. 36-38. O que pretende evitar-se com a primeira razão é, muitas vezes, abreviadamente designado pela expressão *ash for cash*, alusiva à prática de pegar fogo a uma casa com o propósito fraudulento de exigir a respectiva indemnização de seguro. Com o avançar dos tempos, essa justificação foi ganhando terreno relativamente à da imoralidade do jogo. Cfr. HARNETT/THORNTON, *Re-Evaluation*, pp. 1178-83; e LOSHIN, *Insurable Interest*, p. 483. Este último autor sustenta que, com a migração da teoria de Inglaterra para os EUA, desvaneceu-se a condenação moral do jogo, e a sua razão de ser passou a ser o combate ao *moral hazard*. A ideia seria a de que não devia ser deixada às próprias partes a tarefa de minimizar o risco moral, desempenhando a teoria do *insurable interest* o papel de invalidar os seguros que dessem azo a níveis inaceitáveis de risco moral, pondo em perigo terceiros. Ou seja, é basicamente este risco acrescido que se cria na esfera de terceiros – esta externalidade negativa, na terminologia da análise económica – que o requisito do interesse de seguro visa combater.

426 Sobre o princípio indemnizatório, cfr. *infra* o texto a partir da n. 604. Cfr. em especial GIRGADO PERANDONES, *Princípio Indemnizatorio*, pp. 207-214. O autor analisa estas razões enquanto critérios que costumam apresentar-se em justificação da natureza injuntiva do princípio indemnizatório.

427 Cfr. MACDONALD EGGERS, *Chitty on Contracts*, p. 1151. O autor sublinha que a generalização do requisito é de fonte legal e não jurisprudencial, exigindo o *common law* o interesse apenas nos seguros de danos, e não nos de capitais.

Observemos o que ainda hoje se passa em Inglaterra. Trata-se de um sistema jurídico que, nesta matéria, interessa analisar com algum pormenor, porque, para além de ter estado na origem do requisito do interesse de seguro, nele o requisito tem recentemente dado muito que falar, sentindo-se necessidade de reflectir sobre o seu alcance actual e a eventual conveniência de uma reforma legislativa. A questão está em fase de ponderação, sendo de sublinhar os esforços conjuntos, neste momento ainda em curso, da *Law Commission* e da *Scottish Law Commission*.⁴²⁹

«O que é o interesse de seguro? A lei dispõe que, para um contrato de seguro ser válido, o tomador deve ter um interesse suficiente no objecto do seguro. Em termos gerais, a teoria exige que o tomador beneficie com a preservação do objecto do seguro ou que sofra uma desvantagem com a sua perda.»⁴³⁰

Esta formulação simples e ainda muito genérica aproxima-se indubitavelmente da afirmação, feita há pouco, de que, para podermos falar de risco, e não somente de incerteza, a possibilidade de ocorrência e a possibilidade de não ocorrência do resultado contemplado deverão ser diversamente valoradas pelo sujeito do juízo de risco, no sentido de que a uma delas, por contraposição à outra, deverá necessariamente associar-se um desvalor. E também se coaduna sem dificuldade com a definição do interesse como a relação entre o sujeito de uma necessidade – o sujeito do interesse – e um bem apto a satisfazê-la – o objecto do interesse. De acordo com esta explicação sobre o requisito do interesse de seguro, poderíamos qualificar como interessado todo aquele de quem possa afirmar-se que corre efectivamente o risco que o seguro se destina a cobrir – aquele que, se confrontado com a oposição entre a ocorrência e a não ocorrência do sinistro, as

428 KIMBALL, *Public Policy*, p. 33, esclarecia que estas leis inglesas apareceram demasiado tarde para serem recebidas como parte do *common law* nos EUA. Ainda assim, foram repetidas vezes citadas com aprovação nos tribunais e escritos académicos que apareciam. Sobre a sua recepção nos EUA, cfr. ainda LOSHIN, *Insurable Interest*, pp. 479-483; quanto ao Canadá, cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 68-73.

429 Cfr. as conclusões preliminares que constam do seu *Insurable Interest* (de 14.01.2008). De ora em diante, referir-me-ei apenas, por economia de expressão, à *Law Commission*. Este documento é um de vários que têm vindo a ser produzidos no decurso da revisão conjunta do direito dos seguros, ainda em curso, com início em Janeiro de 2006. Sobre o processo de revisão, cfr. MERKIN/LOWRY, *Reconstructing*, pp. 95-96.

430 LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. i (*Summary* § 1.2). Não nos preocupemos ainda com a questão, tratada adiante, da titularidade do interesse de seguro – da identidade do sujeito a quem devemos exigir que tenha um interesse de seguro. Veremos que existem importantes divergências a este respeito entre os ordenamentos jurídicos de matriz continental e os de matriz anglo-americana. A questão será tratada *infra* no texto a partir da n. 2133.

valoraria distintamente, em virtude do impacto negativo que a ocorrência previsivelmente lhe provocaria.

No entanto, com o passar do tempo, este requisito, nascido da necessidade de traçar a fronteira entre o seguro e o jogo, foi-se desenvolvendo, em grande medida em resultado da interpretação judicial dos preceitos legais em apreço, e foi ganhando contornos consideravelmente mais estreitos, nem sempre inteiramente precisos, contornos esses que seguiram caminhos distintos consoante as modalidades de seguros em causa.⁴³¹

Nos seguros de coisas, os tribunais ingleses desenvolveram, em paralelo, duas abordagens distintas sobre o que poderia qualificar-se como interesse de seguro: (i) a «abordagem formalista» (*formalistic approach*); e (ii) a «abordagem pragmática» (*pragmatic approach*).⁴³² Segundo a primeira, o requisito exigiria a titularidade de um direito real ou contratual, ainda que de natureza fiduciária, sobre a coisa segura.⁴³³ De acordo com a segunda, o centro das atenções deveria antes ser o «significado prático» da coisa para o tomador, perguntando-se, mais genericamente, se este teria algo a ganhar com a preservação do *status quo* – ou algo a perder com a sua perturbação. Um exemplo, comumente dado, de um caso em que a solução é distinta, consoante se adopte uma ou outra abordagem, é o de um accionista que segura propriedade da sociedade anónima de cujas acções é titular. A Câmara dos Lordes adoptou, para a solução destes casos, a abordagem formalista.⁴³⁴ A

431 A separação entre o seguro e o jogo não era a única preocupação do legislador inglês. A observação do *Marine Insurance Act* de 1745 (cfr. *supra* n. 422) permite-nos concluir que o próprio legislador não se satisfaria com um qualquer interesse de seguro, estando, pelo contrário, apostado em impedir a celebração de contratos de seguro associados à prática do comércio marítimo clandestino.

432 Os exemplos mais famosos de qualquer destas abordagens encontram-se em *obiter dicta* proferidos pelo Lorde Eldon (formalista) e pelo Juiz Lawrence (pragmático) em *Lucena v Craufurd* (1806) (*maxime* pp. 642-645 e 650-651). Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, p. 70 n. 10 e pp. 79-88.

433 Cfr. *Lucena v Craufurd* (1806), p. 321. Lorde Eldon não se considerava capaz «de apontar o que seja o interesse, a menos que seja um direito na propriedade, ou um direito derivado de um contrato sobre a propriedade, que possa perder-se, em qualquer dos casos, em virtude de uma contingência que afecte a sua posse ou fruição». Cfr. CLARKE, *Policies*, pp. 31-35. Cfr. a interpretação actualista da LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. 35-38 (§§ 5.10 a 5.13 e 5.16 a 5.19). Deste escrito retiro a conclusão de que, num discurso de jurista continental, o requisito exigiria a titularidade de um direito real ou contratual, ainda que de natureza fiduciária, sobre a coisa segura (cfr. em especial a p. 36 § 5.13). Esta continuou a ser a posição dominante dos tribunais ingleses, embora com alguma – reduzida – flexibilização. A LAW COMMISSION funda as suas conclusões sobre o estado do requisito no que considera, à data, o principal precedente sobre a matéria: *Feasey v Sun Life Assurance Co. of Canada* (2003).

434 Cfr. *Macaura v Northern Assurance Co. Ltd* (1925). Neste caso, o proprietário de uma herdade «transmitiu» a uma sociedade a propriedade de toda a madeira produzida pela sua herdade, cortada ou ainda por cortar, em troca de acções desta última. Tendo, mais tarde, contratado um seguro de incêndio sobre toda a madeira, decidiu o tribunal que este era nulo, por falta de interesse de seguro do tomador, não obstante a sua dupla qualidade de accionista e de credor da empresa proprietária da

abordagem pragmática foi seguida pelo Supremo Tribunal do Canadá.⁴³⁵ Nos Estados Unidos, o direito contratual de seguros é da competência estadual, mas a abordagem maioritariamente seguida pelos tribunais é relativamente generosa.⁴³⁶

«O tribunal decidiu que ele tinha um interesse de seguro (...) Na selecção entre diferentes precedentes, o tribunal reconheceu que a actividade seguradora existe para desempenhar uma função económica legítima, e que era tarefa do direito facilitar o seu desempenho, e não promover objecções capciosas.»⁴³⁷

O requisito do interesse de seguro, cuja inflexibilidade, no direito inglês, tinha vindo a ser duramente criticada pela doutrina, veio a ser abolido, ao que parece acidentalmente, pelo *Gambling Act* de 2005, que entrou em vigor em 1 de Setembro de 2007.⁴³⁸

O que raras vezes é tomado em suficiente consideração é que este requisito do interesse de seguro, resultado de uma longa evolução legal e sobretudo jurisprudencial, é distinto do interesse a que acima se fez referência. Disso tomou, no entanto, a devida nota a *Law*

madeira.

435 Cfr. *Kosmopoulos v Constitution Insurance Co. of Canada* (1987). Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 81-86. De acordo com esta decisão, uma pessoa tem um *insurable interest* num dado objecto se tem uma relação suficientemente próxima com esse objecto, ou seja, uma relação que possa ser negativamente afectada pela verificação de um risco. Esta doutrina só se aplica aos seguros de coisas.

436 O Supremo Tribunal do Wisconsin decidiu, em 1890, que um homem casado que tinha a posse e o uso de uma terra pertencente à sua mulher, com o seu consentimento, tinha um *insurable interest* nessa terra. Cfr. *Horsch v Dwelling-House Insurance Co.* (1890). Cfr. ainda a decisão do Supremo Tribunal do Massachusetts em *Hayes v Milford Mutual Fire Insurance Co.* (1898), onde o tribunal determinou que um agente de seguros, titular de um direito contratual a receber uma dada percentagem dos lucros de uma empresa, como contrapartida por serviços prestados, tinha um interesse de seguro, para efeitos de um seguro de incêndio sobre parte do património dessa empresa.

437 KIMBALL, *Public Policy*, p. 34. Os tribunais não voltaram a afastar-se desta ideia.

438 Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. ii (*Summary* § 1.12), 8-9 (§§ 2.17 e 2.18) e 35 (§ 5.11). Exemplar, nas fortes reacções da doutrina contra a inflexibilidade do regime anterior à abolição do requisito, é CLARKE, *Policies*, pp. 31-35. O autor afirma que nada justifica que o direito inglês não tenha evoluído no sentido de exigir apenas uma *factual expectation of loss* para fundar o *insurable interest in property*, como entende ser o caso na generalidade dos sistemas jurídicos. Conclui que, no domínio dos seguros de coisas, o sistema não precisa deste requisito, dado que o que precisa já tem: uma regra contra a destruição intencional e um princípio indemnizatório. O autor nota que a exigência de que o interessado tenha uma relação jurídica com a coisa segura deixa muitas pessoas de fora, designadamente, todos quantos gastam tempo e dinheiro num negócio sem serem formalmente seus titulares, tais como os respectivos accionistas, os trabalhadores dos titulares, e toda uma série de subcontratantes, e finalmente os compradores, antes da transmissão da propriedade ou da posse da coisa transmitida. E esclarece que as principais dificuldades do regime eram ultrapassadas por via da abertura de excepções, como acontecia no caso dos compradores, dos depositários e dos empreiteiros. Sobre o interesse de seguro no direito inglês, cfr. MERKIN, *Colinvaux*, pp. 73-94; e CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 108-161.

Commission.⁴³⁹ Ao considerar as opções de reforma, questionou-se sobre a importância do recurso ao requisito do interesse de seguro na destrição entre o seguro e o jogo e, mais amplamente, na definição de contrato de seguro. Chegou à inesperada conclusão de que essa importância era bastante reduzida, ou mesmo nula. Partiu da análise de algumas das principais tentativas jurisprudenciais de definir – ou descrever – o contrato de seguro, entre as quais a seguinte passagem:

«É este, julgo, o primeiro requisito de um contrato de seguro. Deve ser um contrato em que, a troco de uma contrapartida, comumente, mas não necessariamente, pagamentos periódicos chamados prémios, se assegura para si próprio um benefício, comumente, mas não necessariamente, o pagamento de uma soma em dinheiro, em caso de ocorrência de um evento. O próximo requisito necessário é que o evento envolva alguma dose de incerteza. Tem de haver incerteza quanto à ocorrência ou não ocorrência do evento ou, se esta for certa, tem de haver incerteza quanto ao momento em que o evento terá lugar. O último requisito essencial é (...) que o seguro seja contra alguma coisa. Um contrato que de contrário poderia ser uma mera aposta pode tornar-se num seguro pela circunstância de o segurado ter interesse no seu objecto – o mesmo é dizer, o evento incerto que é necessário para que o contrato consista num seguro tem de ser, *prima facie*, prejudicial ao interesse do segurado.»⁴⁴⁰

Este interesse, correspondente ao terceiro elemento da definição, que os autores da análise encontraram neste e nos demais precedentes examinados, é distinto do requisito legal do interesse de seguro desenvolvido e aplicado no ordenamento jurídico inglês. Este último corresponde a um «interesse pecuniário juridicamente reconhecido». O primeiro, mais genericamente, a um qualquer interesse, de um sujeito em relação a um bem, suficiente para sustentar a afirmação de que a eventual perda do bem representaria um impacto negativo na esfera do sujeito.⁴⁴¹

439 Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. 47-53 (§§ 7.3 a 7.33).

440 Juiz Channell em *Prudential Insurance Co. v Commissioners of Inland Revenue* (1904), p. 663. O caso respeitava à aplicação do imposto de selo aos contratos de seguro. Cfr. ainda LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. 50-51 (§ 7.18).

441 Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 51 (§ 7.20).

«Por conseguinte, o conceito de perda, ou de efeito adverso, está implícito em todas estas definições. Contudo, o mesmo não acontece com o interesse de seguro legalmente exigido.»⁴⁴²

A *Law Commission* termina a sua análise com a conclusão de que, embora por inadvertência, a abolição do requisito do interesse de seguro faz sentido, no que respeita aos seguros de danos, na medida em que, nestes, a presença do interesse mais genérico, que serviria para separar o seguro do jogo, é assegurada pelo funcionamento do princípio indemnizatório, não desempenhando aquele requisito qualquer função relevante que justifique a sua reposição em vigor.⁴⁴³⁻⁴⁴⁴

442 LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 52 (§ 7.23). Cfr. MERKIN, *Colinvaux*, pp. 77-78. Vejam-se as conclusões mais ou menos coincidentes do francês BIGOT, *Traité III*, pp. 16-17. O autor sublinha a necessidade de distinguir o requisito do interesse e o princípio indemnizatório. A exigência de um interesse, conceito que o autor parece empregar num sentido mais genérico, distante do requisito inglês do *insurable interest*, não implica em seu entender a limitação da indemnização ao seu valor. Isso é obra do princípio indemnizatório. Observa que é esse o caso em muitos seguros de pessoas, em que se exige interesse, não obstante a inaplicabilidade do princípio indemnizatório. O princípio indemnizatório destina-se, em seu entender, a prevenir os sinistros intencionais. Já o requisito do interesse serve unicamente para afastar o jogo. Sustenta que este não deve afastar-se com base na ideia de dano, pois este pode nem ocorrer. O interesse, pelo contrário, é algo que deve existir sempre, independentemente da ocorrência do sinistro. Cfr. ainda, neste sentido, FONTAINE, *Assurances*, pp. 106-108.

443 LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. vi (*Summary* §§ 1.41 e 1.42) e pp. 3 e 56-57 (§§ 1.16 e 7.44 a 7.48). Cfr. ainda *supra* n. 438. É certo, como veremos melhor adiante, que o princípio indemnizatório funciona *a posteriori*, impedindo o pagamento de indemnizações superiores ao dano sofrido, mas não tendo um peso significativo como desincentivo à celebração de contratos sem interesse. Por este motivo, os autores do estudo perguntam-se se não será de impor aos seguradores o dever de se assegurarem, em todos os casos, da existência de uma expectativa de dano, no momento da celebração de contratos com os consumidores de seguros, por forma a tentarem evitar que, por falta de informação, estes contratem seguros de que na realidade não precisem e de que não poderão sequer vir a beneficiar. Cfr. pp. 58 e 61 (§§ 7.53, 7.54 e 7.70). Em sentido próximo, veja-se a decisão de um tribunal do Alabama em *Liberty National Life Insurance Co. v Weldon* (1957). Cfr. *Wrongful Death* (anón.), pp. 1087-1092. Neste caso, a tomadora celebrara por sua própria conta três seguros sobre a vida da filha pequena da sua cunhada e do seu segundo marido, que em seguida matara por envenenamento. O tribunal condenou os seguradores a indemnizar os pais da criança, por não se ter assegurado da existência de um interesse de seguro nem ter solicitado o consentimento dos pais da criança. O tribunal considerou que os contratos eram, para além de inválidos, também ilegais, e fundou a sua decisão na regra geral de direito dos delitos civis correspondente, *grasso modo*, no nosso ordenamento jurídico, ao art. 483.º/1 CC. A tomadora não tomou parte na acção, porque, na altura, já fora executada a pena de morte a que havia sido condenada pelo crime. Sobre esta decisão, cfr. MCGANN, *LHIL*, p. 99. Note-se que, de uma regra de validade, nem sempre pode retirar-se uma regra proibitiva. Todavia, num caso como este, em que o escopo da norma de validade é de desincentivo de certos comportamentos, talvez se justifique esta conclusão.

444 Uma outra decorrência deste estudo é a verificação de que, se o conceito genérico de interesse desempenha eficazmente a função de separar o seguro do jogo, já o requisito do interesse de seguro falha redondamente a sua missão. No que respeita à prática que inicialmente conduziu à sua imposição, os autores do estudo notam que, agora como há duzentos anos, as pessoas que assim o pretenderem podem facilmente apostar sobre a vida de pessoas famosas. Remetem, como exemplos, para os seguintes sítios: <http://www.coffindodgers.co.uk/index.asp> e <http://www.celebritysweepstake.co.uk/>. Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 54 n. 28. Sobre o

Em suma, dir-se-ia que, no contrato, é nota necessária a presença de um qualquer interesse, sem o qual não estaremos sequer em presença de um seguro, por faltar o risco que este se destina a cobrir.⁴⁴⁵ Fora do contrato, a exigência ou não de algo de semelhante, ou mesmo de algo mais, cuja inexistência tornaria o seguro inválido, parece pertencer ao campo da contingência – das opções de política legislativa adoptadas em cada ordenamento jurídico.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷ Basta ver o exemplo da Austrália. Neste país, optou-se por eliminar por completo, fora do contrato, o requisito do interesse de seguro –

princípio indemnizatório, cfr. *infra* o texto a partir da n. 604. O requisito do *insurable interest* ainda se mantém em vigor nos EUA. Contudo, também aí a sua subsistência parece estar cada vez mais na mira de fortes ataques. Cfr. o recente ataque de LOSHIN, *Insurable Interest*, pp. 474-509 (cfr. *infra* n. 447).

445 Cfr. BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 427-455, *maxime* p. 438. Vimos acima que uma diferença entre o seguro e o jogo está em que, no seguro, há um risco necessariamente anterior e independente da celebração do contrato, enquanto que, no jogo, tipicamente, o risco é artificialmente criado pelas partes. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 312. Veremos melhor adiante que é este interesse, comum à totalidade dos contratos de seguro, que define, no contrato, a qualidade de segurado. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2133.

446 BIGOT, *Traité III*, p. 19, nota que, no sistema jurídico belga, a lei trata o interesse como um elemento comum a todos os contratos de seguro, enquanto a lei francesa o integra nas disposições relativas aos seguros de danos, nem sequer o dotando de injuntividade. Com efeito, na lei belga o interesse aparece na própria definição de contrato de seguro (cfr. o art. 1/A LCSbe). Dir-se-á que, neste caso, a referência ao interesse opera no contrato, distinguindo o seguro do jogo, conforme o entendimento de BIGOT. Já a lei francesa faz referência ao «interesse na conservação de uma coisa» e ao «interesse directo ou indirecto na não realização de um risco» (cfr. o art. L.121-6 CAfr). Neste caso, e não obstante a integração sistemática do preceito, também parece tratar-se de uma referência ao conceito genérico de interesse, conforme o entendimento de BIGOT. Porém, digno de nota é que este preceito vem indicado entre as disposições não injuntivas, que «conferem às partes uma simples faculdade» (cfr. o art. L.111-2 CAfr).

447 Cfr. LOSHIN, *Insurable Interest*, pp. 474-509. O autor examina o requisito na perspectiva da análise económica do direito, concluindo, entre outras coisas, que o requisito não tem sido bem sucedido na prossecução dos fins para que foi inicialmente estabelecido, e que continuariam alegadamente a justificar a sua permanência em vigor, sendo muitas vezes contraproducente, por criar incentivos, sobretudo na esfera do segurador, para agir em sentido contrário ao necessário à prossecução de tais fins, entre os quais sobressai o combate ao *moral hazard*. Com efeito, por um lado, as incertezas que rodeiam o requisito dão azo a uma ampla zona cinzenta, em que não se sabe ao certo se existe um suficiente interesse de seguro. A cominação com a nulidade dos seguros sem interesse de seguro incentiva os seguradores a reduzirem substancialmente os cuidados que de contrário teriam, na averiguação *ex ante* da presença de um suficiente interesse de seguro, pois sabem que, ocorrendo o sinistro, poderão sempre recorrer *ex post* à defesa da falta de interesse de seguro. Ou seja, em vez de se confiar na capacidade dos seguradores de verificarem, caso a caso, quais as situações que consideram demasiado perigosas para os seus cofres, deixam essa destriça aos critérios gerais indefinidos e rombos do requisito. Pior do que isso, na maioria dos casos esta solução acaba por funcionar *ex post*, pelo que, embora possa obstar ao efectivo recebimento a indemnização por quem não a merece, não actua preventivamente, na medida em que não impede os atentados à integridade física ou ao património de terceiros, na tentativa de defraudar o segurador. O autor conclui que, ao longo de dois séculos de evolução, o requisito não conseguiu sair do domínio da incerteza, reconduzindo-se «a um monte de regras inconsistentes empoleiradas nas fundações tremidas de uma cláusula geral indeterminada» (p. 488).

deixando os contratos de seguro de ser inválidos ou sequer ineficazes por falta de interesse de seguro.⁴⁴⁸

3.2.2. A experiência alemã: dois conceitos de interesse

Na Alemanha, ao contrário do que se passou no sistema inglês, as primeiras discussões sobre o interesse no seguro parecem ter sido predominantemente doutrinárias, sendo embora digna de nota a introdução, desde cedo, nalguns clausulados utilizados na prática seguradora, e em seguida na lei, do princípio da proibição do enriquecimento do segurado à custa do segurador – que entre nós conhecemos como o princípio indemnizatório.⁴⁴⁹ A primeira referência legal expressa ao interesse no contexto do contrato de seguro vem a aparecer no § 782 ADHGB, de 1861, ou seja, já depois da entrada em vigor do nosso próprio CCom de 1833.⁴⁵⁰ O referido parágrafo veio a ser transposto para o actual § 778 HGB.⁴⁵¹

448 Dispõe a lei que um contrato não é nulo apenas por falta de interesse de seguro ao tempo da sua celebração (s. 16 do *Insurance Contracts Act* de 1984). Acrescenta que, se um segurado sofrer algum dano em resultado do sinistro, o segurador não se exonera da sua responsabilidade apenas por falta de um interesse de seguro juridicamente reconhecido ao tempo da verificação do dano (s. 17). Trata-se do reconhecimento de que, existindo um dano, se satisfaz o conceito genérico de interesse, não se justificando a exigência, em acréscimo, de um conceito mais estrito interesse, que deixe de fora alguns interessados. De início, salvaguardou-se o requisito nos seguros de vida, nas entretanto revogadas s. 16(2) e 18(2). A revogação ocorreu por força do *Life Insurance (Consequential Amendments and Repeals) Act* de 1995. Cfr. MANN/LEWIS, *ICA*, pp. 53-58. Os autores notam que, embora os preceitos se refiram, na sua letra, apenas à figura do *insured*, que dizem corresponder ao contraente, se tem entendido, embora com base unicamente nalguns *obiter dicta*, que os terceiros beneficiários de um contrato de seguro também ficam isentos do requisito do interesse de seguro. Cfr. os comentários favoráveis de CLARKE, *Policies*, p. 37.

449 Cfr. o § 1983 do *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794: «Pelos seguros deve o segurado proteger-se apenas contra danos, e não procurar enriquecer.» Do diploma não constavam, nesta sede, quaisquer referências explícitas ao interesse de seguro. Cfr. BÜCHNER, *Vorgeschichte*, p. 767.

450 § 782 ADHGB: «Cada interesse avaliável em dinheiro que alguém tenha em que um navio ou a sua carga resistam aos perigos da navegação pode ser objecto de um seguro marítimo.» Em Portugal, cfr. o que dispunham os arts. 428.º/§§ 1 e 3 e 456.º CCom. RAPOSO, *Código Comercial*, cc. 979-979, afirma que as principais influências do nosso CCom de 1888 foram o CCom francês de 1807 e, nalguma medida, o CCom italiano de 1882. Há ainda quem note a influência da lei belga de 1874. Mas já havia algumas importantes referências ao interesse no CCom de 1833. De sublinhar o art. 1675.º, que dispunha que «[s]e aquele, por quem o seguro é feito, não tem interesse na coisa segurada, o seguro é nulo», no art. 1698.º, de acordo com o qual «[t]oda a pessoa hábil para contratar pode fazer segurar o seu interesse, ou o de terceiro, contanto que neste último caso dele tenha autorização, ou o terceiro ratifique o seguro em tempo oportuno», e finalmente no art. 1699.º, segundo o qual «[p]ode ser objecto do contrato de seguro todo e qualquer interesse apreciável a dinheiro e sujeito a algum risco, não sendo excluído pela lei».

451 O HGB data de 10.05.1897 mas, tal como o BGB, só entraria em vigor em 01.01.1900. Sobre o preceito, cfr. KRAUSE, *Begriff*, pp. 7-9. O preceito, tal como o seu antecessor, integra o Livro V (dedicado ao comércio marítimo).

A primazia do tratamento teórico do interesse no seguro coube a WILHELM BENECKE.⁴⁵² O autor traçou as bases do que viria a consistir na distinção entre um conceito geral e um conceito técnico de interesse, desdobramento determinante para o rumo que o interesse tomaria na Alemanha. BENECKE socorre-se de um conceito geral de interesse quando distingue entre os contratos de seguro e de jogo.⁴⁵³ O conceito geral de interesse abrange, na qualidade de interessado, todo aquele que venha a sofrer um prejuízo com a destruição ou deterioração da coisa ou pessoa segura. Trata-se de um conceito muito próximo daquilo a que me refiro como *impacto* – e do requisito mais genérico do interesse recentemente identificado pela *Law Commission*.⁴⁵⁴ O interesse, neste sentido, seria requisito de todo o contrato de seguro, sem o qual o segurado – desinteressado – seria afinal um mero jogador. Para além desse conceito geral de interesse, BENECKE desenvolveu o que posteriormente se chamou o conceito técnico de interesse, cuja aplicabilidade restringiu ao campo dos seguros de coisas.⁴⁵⁵

BENECKE partiu da verificação de que a identificação, que à época se fazia, do interesse com a coisa ou, mais rigorosamente, com a propriedade de uma coisa era demasiado restritiva, dada a existência de outras pessoas, para além do proprietário de uma coisa, merecedoras da protecção do seguro. Essa verificação levou-o, em primeiro lugar, a distinguir entre interesses directos – do proprietário – e indirectos – todos aqueles que sofreriam uma desvantagem com a destruição ou deterioração da coisa.⁴⁵⁶ A necessidade de lidar com todos estes interessados e, por assim dizer, de dividir o terreno entre todos eles, conduziu-o à concepção do interesse enquanto relação entre cada um dos interessados – os sujeitos do interesse – e a coisa segura – o objecto do seu interesse.⁴⁵⁷

452 BENECKE, *System* (1810), pp. 208-306. Não confundir com FRIEDRICH EDUARD BENEKE, que traduziu para o alemão a obra de BENTHAM. Cfr. *supra* n. 378.

453 BENECKE, *System*, pp. 208 e 289-306. Cfr. GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 353-354.

454 Cfr. *supra* o texto junto à n. 441.

455 É curioso o paralelo entre o desenvolvimento deste conceito técnico de interesse, no sistema jurídico alemão, e do requisito do *insurable interest* no sistema jurídico inglês. Em ambos os casos, trata-se de algo mais restrito do que o conceito geral de interesse. No entanto, no sistema alemão a doutrina circunscreve-o maioritariamente aos seguros de coisas, enquanto, no sistema inglês, o requisito parece manter actualidade unicamente no domínio dos seguros de vida (e afins).

456 BENECKE, *System*, pp. 212-214 e 257-258. Cfr. a análise de GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 350-351.

457 BENECKE, *System*, p. 214, afirmava que «salta aos olhos que, nos seguros de um objecto em que várias pessoas têm interesses diversos, é de grande importância a distinção: para que interesse, e na sequência de que direito, surge um seguro». Como viria a demonstrar JHERING, é claro que também o conceito geral de interesse dificilmente se conceberia sem a ideia, ao menos implícita, de relação entre uma pessoa e um bem mas, numa fase inicial, apenas o conceito técnico de interesse foi definido nesses termos pela doutrina dos seguros.

Paralelamente ao que aconteceu na teoria geral do direito privado, ocorreu neste domínio uma subjectivação do objecto da protecção do seguro, por via da qual deixou de se encarar a coisa como seu objecto e passou a conceber-se a relação entre o sujeito e a coisa – o interesse – como o verdadeiro objecto da protecção do seguro.⁴⁵⁸

Tratava-se, essencialmente, de identificar, bem como de quantificar a relação entre cada um dos sujeitos e a coisa, com vista a explicar a possibilidade de coexistência de diversos interessados numa mesma coisa, bem como a dar resposta às problemáticas do subseguro e do sobresseguro.⁴⁵⁹ No seguro de uma coisa, o que cumpria identificar, e depois avaliar, não era a própria coisa, mas sim a relação do segurado com a coisa. Assim, sendo este o proprietário, avaliar-se-ia o seu direito de propriedade sobre a coisa, sendo o segurado um mero usufrutuário, era o direito de usufruto que deveria ser avaliado, sendo o segurado um credor hipotecário, a avaliação deveria recair sobre a sua garantia. Isto porque o seguro destinar-se-ia, em todos esses casos, a proteger cada um deles contra o prejuízo que para si próprios decorreria da eventual perda ou deterioração da coisa segura, o que dependeria, obviamente, da natureza do seu impacto sobre as respectivas esferas.⁴⁶⁰ Todos eles teriam algo a perder com a destruição ou deterioração da coisa segura, pelo que a todos deveria reconhecer-se um direito ao seguro. Tratava-se, simplesmente, de apontar o dedo, com maior rigor, ao objecto da cobertura. Hoje já não restam dúvidas de

458 Notam-se, nesta evolução doutrinária ocorrida na Alemanha, maiores afinidades com a evolução geral do pensamento em teoria do direito privado, do que anteriormente fora o caso em Inglaterra. Cfr. *supra* o texto junto à n. 374. KRAUSE, *Begriff*, p. 12, fala a este propósito de uma subjectivação do conceito de interesse, mas é patente que, mais do que uma subjectivação do conceito de interesse, que sempre esteve ligado ao respectivo sujeito (o interessado), houve sim um desvio da atenção da doutrina, da figura da coisa enquanto objecto, para a do interesse, assim subjectivando, não o interesse, mas o objecto da protecção do seguro. Note-se que este objecto da protecção do seguro é distinto do objecto do contrato de seguro em sentido jurídico comum. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1000. Cfr. FERRARINI, *Interesse* (1935), pp. 13-21. Este autor italiano, que também sublinhava que o seguro cobria interesses e não coisas, sustentava que o interesse era o verdadeiro objecto do contrato de seguro. Contudo, o seu maior contributo para a ciência do direito contratual dos seguros parece ter sido a demonstração de que o interesse também releva nos seguros cuja cobertura incida sobre a totalidade do património. Cfr. FERRARINI, *Interesse*, pp. 23-30. Atribui-lhe a paternidade dessa ideia MÖLLER, *Interesse*, p. 144.

459 BENECKE, *System*, pp. 213-214. Cfr. GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 354-355. Também no direito inglês se distingue entre o interesse que se mede e o interesse que não se mede. Cfr. CLARKE, *Policies*, pp. 26-27. O autor nota que enquanto nos seguros de danos (*indemnity insurance*) o interesse se mede e se exige no momento em que ocorre o dano, ou seja, no momento em que o montante da indemnização deve ser medido, nos seguros de capitais (*contingency insurance*) o requisito do interesse aplica-se unicamente no momento da contratação, e o interesse não se mede – serve unicamente para determinar se o seguro é na realidade um jogo, ou se há alguma probabilidade de o segurado vir a tentar provocar o sinistro.

460 Cfr. BENECKE, *System*, p. 212.

que as partes são livres de conformarem os seus contratos de seguro como entenderem, determinando que espécie de interesses ficarão ao abrigo da cobertura, e quais os titulares cobertos.⁴⁶¹

Neste ponto, será conveniente esclarecer que os conceitos de subseguro e de sobresseuro dizem respeito, precisamente, à relação de valor entre o capital seguro e a coisa segura – ou melhor, entre aquele e os interesses que sobre esta incidem.⁴⁶² Existe sobresseuro sempre que o valor do capital seguro seja superior ao do interesse seguro, neste sentido eminentemente quantitativo do termo, e subseguro sempre que o primeiro seja inferior ao segundo.⁴⁶³ Por isso as figuras encontram nos seguros de coisas o seu campo de aplicação por excelência, não se aplicando, designadamente, aos seguros de responsabilidade civil, também eles genericamente configurados como seguros de danos.⁴⁶⁴ Em caso de subseguro, a menos que as partes disponham em sentido distinto,

461 Nesse sentido, BGH 05.02.2008, p. 693. O tribunal sublinha que a tipificação de certos seguros não dispensa a verificação casuística dos interesses cobertos.

462 Cfr. o disposto nos arts. 132.º e 134.º LCS. O primeiro é mais bem sucedido do que o segundo no esclarecimento de que o valor que importa é o do interesse, e não o da coisa segura. Sobre o subseguro e o sobresseuro, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 51 e 56 pp. 520-523 e 548-554. Para a precisão de que importa o valor do interesse, cfr. §§ 51 e 52 pp. 521 e 523-524 mm. 5 e 1-2.

463 KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 51 p. 521 m. 8, acrescenta que, em rigor, também existe sobresseuro quando o capital seguro, e por conseguinte também o prémio, sejam calculados em função do valor em novo do interesse sobre a coisa segura, encontrando-se todavia a indemnização limitada ao valor do interesse sobre a coisa ao tempo do sinistro. Trata-se de um mecanismo muitas vezes utilizado, para obviar aos constantes acertos que implicaria a actualização permanente do capital seguro. As doutrinas de expressão alemã distinguem ainda, para além dos conceitos de sobresseuro (*Überversicherung*) e de subseguro (*Unterversicherung*), os de co-seguro (*Mitversicherung*), de seguro múltiplo (*Nebenversicherung*) e de duplo seguro (*Doppelversicherung*). Cfr., por exemplo, WINTER, *Risikobeschreibungen*, pp. 1207-1209; KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 58» e §§ 58-60 pp. 558-578, *maxime* § 58 564 m. 1; e HOFMANN, *PfV*, pp. 216-226. Cfr. ainda BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 308-309; e URÍA, *Derecho Mercantil*, pp. 759-760. As distinções traçadas são relativamente semelhantes, nos vários ordenamentos. No co-seguro, seguro múltiplo e duplo seguro, intervêm normalmente dois ou mais seguradores. Simplesmente, enquanto no co-seguro essa intervenção é coordenada, nos restantes processa-se de forma independente, com ou sem o conhecimento da situação de pluralidade por parte dos seguradores ou mesmo dos tomadores e/ou segurado. O seguro múltiplo existe sempre que são celebrados contratos distintos para cobertura de um mesmo interesse contra o mesmo risco durante um mesmo período. O duplo seguro é uma subespécie deste que ocorre quando a soma dos capitais seguros excede o valor do interesse seguro: é o equivalente ao sobresseuro, sempre que estejam em causa contratos distintos e não um único contrato. O duplo seguro pode dar azo a um problema de sobre-indemnização. A nossa lei faz referência à «pluralidade de seguros». Cfr. o art. 133.º LCS. Trata-se do seguro múltiplo. A sobre-indemnização é evitada pela redução proporcional das indemnizações de cada um dos seguradores (n.º 4). Mas ao segurado cabe a escolha de qual ou quais deles interpelar (n.º 3). Cfr., no mesmo sentido, o art. 8:104 PEICL.

464 Nos seguros de coisas, o valor do interesse seguro, e por conseguinte também o valor da indemnização em caso de sinistro, deve calcular-se de acordo com o disposto no art. 130.º/2 e 3 LCS. Salvo estipulação em contrário, releva o que os alemães chamam o «valor da substância» (*Substanzwert*). Desconsideram-se eventuais lucros cessantes, bem como os danos de privação do uso.

aplicar-se-á a chamada regra proporcional, sendo a quantia a pagar proporcionalmente reduzida em função da relação entre o valor do capital seguro e o valor do interesse seguro.⁴⁶⁵

A dupla função do conceito de interesse no direito dos seguros viria a ser desenvolvida por EHRENBURG.⁴⁶⁶ Todavia, já se encontram nos seus escritos as bases da hegemonia de que viria posteriormente a gozar o conceito técnico de interesse na doutrina germânica, por contraposição ao progressivo apagamento do conceito geral de interesse.⁴⁶⁷ Ilustrativo dessa hegemonia é o facto de, mais tarde, ter vindo a utilizar-se a designação «seguros de interesses» (*Interessenversicherung*) como sinónimo de «seguros de activos» (*Aktivenversicherung*).⁴⁶⁸ Entende-se, a partir de certa altura, que, nesta categoria de seguros,

Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 52 p. 524 m. 2.

465 Cfr. o disposto no art. 134.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 433.º/1 CCom. Sobre o funcionamento da regra proporcional, veja-se, por todos, MARTIN, *SVR*, pp. 1388-1390 mm. 1-9; e, mais sumariamente, KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 56 p. 549 m. 7; WINTER, *Risikobeschreibungen*, pp. 1207-1208; ou URIÁ, *Derecho Mercantil*, pp. 761-762. Entre nós, cfr. o Ac. STJ 07.11.2006. Havendo seguro pleno ou sobresseuro, a indemnização corresponderá ao valor do dano e, no caso de subseguro, aplicar-se-á a regra proporcional. Sendo (c) o valor do capital seguro; (i) o valor do interesse seguro; (d) o valor do dano; e (x) o montante da indemnização: $x = cd/i$. A regra proporcional assegura, em caso de subseguro, a relação de interdependência entre a cobertura e o prémio. Sobre esta relação de interdependência, o mesmo é dizer, sobre o sinalagma no contrato de seguro, cfr. *infra* o texto junto à n. 614 e a partir da n. 909. Escapam ao funcionamento da regra proporcional, entre outros, os seguros «em primeiro risco». Sobre estes, cfr. MARTIN, *SVR*, pp. 1390-1427 mm. 10-134; ou KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 56 p. 552 m. 19. Cfr. ainda CLARKE, *Policies*, p. 98. O autor observa que, no mercado inglês, os seguradores podem insistir em pagar de acordo com a regra proporcional, e que por vezes o fazem, sendo todavia mais habitual pagarem a indemnização total, deduzindo-lhe o montante acrescido do prémio que deveria ter sido pago pelo tomador para não haver subseguro. A influência inglesa é patente no teor do art. 8:102 PEICL. De acordo com este preceito, a regra supletiva é a de que, não obstante a situação de subseguro, o segurador deverá indemnizar o segurado pelo valor integral do dano, a menos que as partes tenham optado pela aplicação da regra proporcional (aparentemente, esta possibilidade só está aberta ao segurador que disponibilize aos seus clientes a possibilidade de optarem entre ambos os regimes).

466 EHRENBURG, *Interesse* (1915), pp. 1-70. O autor definia o interesse de seguro como «uma relação por força da qual alguém (o chamado interessado) pode sofrer uma desvantagem patrimonial em caso de ocorrência de um facto previsto no contrato de seguro (o sinistro)» (p. 5). Ou em *Versicherungswert* (1906), pp. 369-370: «Interesse (em sentido económico) é toda a relação de valor patrimonial entre uma pessoa e outra pessoa, ou entre uma pessoa e uma coisa ou qualquer outro objecto, que seja de tal ordem que, do destino desse objecto, possam resultar vantagens ou desvantagens económicas para essa pessoa.»

467 EHRENBURG dedicou-se predominantemente ao tratamento do conceito técnico de interesse, no campo do que designou como «seguros de activos» (*Aktivenversicherung*), que contrapôs aos «seguros de passivo» (*Passivenversicherung*) e aos «seguros de pessoas» (*Personenversicherung*). Cfr. EHRENBURG, *VR I* (1893), pp. 176-177.

468 MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 104-105 m. 28. BRUCK, *PVR*, p. 65, chegara a contrapor *Interessenversicherungen* e *Personenversicherungen*. O mesmo faziam os franceses PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 30-32. Sobre a utilização da expressão «seguros de interesses» como sinónimo de «seguros de activos», veja-se ainda KRAUSE, *Begriff*, p. 5 n. 14. MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 288, contrapõe os direitos de matriz anglo-americana, onde um conceito muito genérico de interesse

se encontra coberta, não a própria coisa, mas a relação de valor entre a coisa e uma determinada pessoa, relação essa que corresponderia ao interesse seguro. Esclarece-se ainda que, nos seguros de activos, o interesse se traduziria na relação entre um sujeito e o activo seguro (uma coisa, um direito ou pretensão, uma expectativa de lucro).⁴⁶⁹ Apenas neste último sentido poderia falar-se num conceito técnico de interesse como algo a que pode atribuir-se um valor.⁴⁷⁰ Este era necessariamente mais restrito do que o conceito geral de interesse, que abrangia todas as classes de seguro e se destinava essencialmente a traçar a sua fronteira com o jogo.⁴⁷¹

Tal predomínio do conceito técnico de interesse reflectir-se-ia na legislação. Com efeito, não se encontravam, até muito recentemente, quaisquer referências na lei alemã ao interesse a propósito dos seguros de capitais.⁴⁷² Actualmente, as doutrinas de expressão germânica dividem-se, havendo quem entenda que o interesse é um requisito de todas as

englobaria a totalidade do direito dos seguros – supõe-se que na sua mente estaria o conceito geral de interesse anteriormente desenvolvido e depois quase abandonado pela doutrina germânica – aos direitos de matriz continental, em que o requisito do interesse apenas se aplicaria no domínio dos seguros de danos, embora, num sentido ainda mais restrito, se aplicasse apenas aos seguros de coisas. Em Itália, cfr. GASPERONI, *Assicurazione*, p. 35.

469 KRAUSE, *Begriff*, p. 61.

470 MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 288. A sua concepção traduz a ideia – não inteiramente correcta – de que apenas nos seguros de activos existiria um valor de referência relativamente ao qual poderíamos aferir da suficiência ou adequação do capital seguro. Tão-pouco me parece correcta a limitação a este último sentido do conteúdo relacional do conceito de interesse, como a relação entre um sujeito e um bem, visto que também nas demais acepções aqui presentes essa relação se verifica. É todavia importante reter este sentido por vezes tradicionalmente atribuído à palavra «interesse» no domínio do direito dos seguros, visto que, neste sentido mais restrito, ele foi em tempos frequentes vezes utilizado numa acepção quase reificada, a ponto de se confundir, paradoxalmente, com a própria coisa segura, segundo termo da relação.

471 EHRENBURG entendia que um conceito de interesse destinado unicamente a traçar a fronteira entre os contratos de seguro e de jogo seria em muitos casos supérfluo, dado existirem critérios mais rigorosos para o fazer. Chegou a dizer que só em determinadas classes de seguros razões de política legislativa exigiriam um interesse por parte do segurado. Noutras, a questão do interesse não chegaria a colocar-se. Cfr. EHRENBURG., *VR I*, pp. 176-177. GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 374-375, sustenta que o conceito geral de interesse perdeu, muito naturalmente, a sua razão de ser quando a distinção entre os contratos de seguro e de jogo passou a ser ponto assente. Entende, no entanto, desta feita menos pacificamente, que também o conceito técnico de interesse terá entretanto perdido a sua função jurídica. Note-se que, mesmo actualmente, ambas as funções continuam presentes na doutrina. Nesse sentido veja-se KRAUSE, *Begriff*, pp. 1-6 e 9-13.

472 Para além do já referido § 778 HGB, faziam ainda referência ao interesse os §§ 51, 57, 58, 68, 80, 87 e 105 VVG (todos eles no capítulo dedicado aos seguros de danos). Actualmente, temos referências ao interesse nos §§ 48, 53, 74, 76, 77, 78, 80, 125, 127, 128 e 164 VVG 2008. O último pertence à regulação do seguro de vida, mas trata-se de uma referência a um interesse em nada relacionado com o interesse de seguro. Contudo, os dois primeiros, que se encontram na parte geral, e dizem respeito aos seguros por conta e aos seguros abertos ou flutuantes, são demonstrativos de uma mudança de atitude do legislador alemão no que respeita ao interesse de seguro.

classes de seguros;⁴⁷³ quem sustente que é um requisito apenas dos seguros de danos;⁴⁷⁴ ou, dentro destes, apenas dos seguros de coisas;⁴⁷⁵ e quem negue a sua relevância em todas as classes de seguros.⁴⁷⁶ De um modo geral, pende-se mais para uma rejeição da aplicabilidade do requisito do interesse aos seguros de capitais.⁴⁷⁷ Talvez as recentes alterações legislativas induzam uma alteração próxima no panorama doutrinário alemão.⁴⁷⁸

473 Era essa a posição do austríaco STEINBACH, *Stellung, maxime* pp. 24-27; e do alemão J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 78-79; e *VR II*, p. 175, para quem, nos seguros de capitais, também estaria presente um interesse, visto que o que distingue o seguro do jogo seria a circunstância de o sinistro ser necessariamente uma fonte de cuidados para o segurado. Mais recentemente, SCHMIDT-RIMPLER, *Grundbegriffe*, pp. 1252-1253; e RICHTER, *PVR*, pp. 181-182. Este último autor dá, todavia, a entender que o requisito não tem tanta importância nos seguros de capitais como nos seguros de danos, visto que, embora refira que deve existir em ambas as classes de seguros, trata-o na parte relativa aos seguros de danos, sendo certo que o seu manual não contém uma parte equivalente dedicada em especial aos seguros de capitais. Cfr. ainda DEUTSCH, *VVR*, p. 6; e SCHWINTOWSKI, *Konstruktionsprinzipien*, pp. 46-52. A distinção, que alguns destes autores aceitam, entre os conceitos geral e técnico de seguro acaba por aproximá-los, em certa medida, das posições defendidas por alguns dos autores que restringem a aplicação do requisito do interesse aos seguros de danos.

474 Neste sentido, EHRENBERG, *Versicherungswert*, p. 369; KISCH, *Handbuch III*, pp. 16-21; e MÖLLER em *Interesse*, pp. 134 e 144; em *Moderne Theorien*, p. 288; e em BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» pp. 5-7, 10-12 e 22 mm. 6, 12, 17 e 37; e § 49 pp. 62-63 mm. 38 e 4, este último autor com o desdobramento do conceito num sentido mais amplo – aplicável aos seguros de danos – e um sentido mais restrito – aplicável somente aos de coisas (cfr. *infra* n. 475). Cfr. ainda WINTER em BRUCK/MÖLLER/WINTER, *VVG V2*, §§ 159-178 pp. 189-190 m. B 89 e pp. 193-196 mm. 97, 99 e 101. Como exemplos mais recentes deste entendimento, cfr. KLINGMÜLLER, *Neue Probleme*, p. 391; EICHLER, *VR*, p. 255; DREWS, *Zustimmung*, p. 639; WERBER/WINTER, *Grundzüge*, pp. 45-46; KRAUSE, *Begriff*, pp. 70-75; KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 51» p. 507 m. 3; e HOFMANN, *PVR*, p. 189.

475 MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 104-105 m. 28. para o autor, o que se segura é «a relação entre uma pessoa determinada e um determinado bem (activo)». «A esta relação de valor chamamos interesse seguro: seguro de activos é, portanto, o mesmo que seguro de interesses.» (p. 104). Cfr. ainda, do mesmo autor, BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» pp. 5-7, 10 e 22 mm. 6, 12 e 37; e § 49 pp. 62-63 mm. 38 e 42. No mesmo sentido, cfr. WEYERS/WANDT, *VVR*, pp. 131 e 134.

476 Cfr. o suíço KOENIG, *Gegenstand*, pp. 92-102; e o alemão GÄRTNER, *Entwicklung*, pp. 374-375. O primeiro autor negava que o interesse fosse objecto ou sequer elemento do seguro, mas socorria-se da ideia do interesse económico existente no seguro para o distinguir do jogo, afirmando todavia que este seria apenas relevante enquanto motivo. Cfr. *infra* n. 555. Cfr. ainda as reticências de ENDEMANN, *Wesen*, pp. 531-554. E a afirmação de EHRENZWEIG, *Grundprobleme*, pp. 375-376, de que a problemática do interesse não seria mais do que uma questão puramente terminológica, não passando o interesse do elemento subjectivo da possibilidade de um dano patrimonial. Cfr. ainda EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 199. O autor reconhecia, no entanto, alguma utilidade ao conceito técnico de interesse, no seu sentido puramente quantitativo. Cfr. a crítica à posição de KOENIG em MÖLLER, *Interesse*, pp. 139-142.

477 Veja-se, contudo, WINTER em BRUCK/MÖLLER/WINTER, *VVG V2*, §§ 159-178 pp. 189-190 m. B 89, pp. 193-196 mm. 97, 99 e 101. Este último observa que o direito dos seguros de vida alemão não foi buscar o requisito do *insurable interest* ao direito dos seguros de vida anglo-americano, restringindo-o ao domínio dos seguros de danos. E que esta é a posição consensual da doutrina germânica, contra a qual algumas vozes isoladas se ouvem. O autor sustenta, todavia, que o problema da fronteira com o jogo não se resolve por via da exigência do consentimento da pessoa segura, tendo que admitir-se que, nos seguros de vida em caso de vida ou em caso de morte sobre a pessoa de um terceiro, nalguns casos extremos os tribunais já reconheceram a presença de elementos dos seguros de danos,

3.2.3. O interesse enquanto nota necessária num seguro

O conceito técnico do interesse teve o mérito de constituir um instrumento para a clarificação de certas distinções e o tratamento mais rigoroso das situações de subseguro e sobresseuro e de coexistência de interesses sobre uma única coisa – resultados esses plenamente transponíveis para a nossa dogmática dos seguros.⁴⁷⁹ No entanto, parece claro que o conceito técnico de interesse desenvolvido pela doutrina germânica não pode ser transposto, sem mais, para os demais sistemas jurídicos, como não faria sentido

tendo rejeitado a qualificação de determinados contratos como de seguro em casos em que não havia, por parte do tomador-segurado, qualquer interesse económico subjacente ao seguro. Particularmente conhecido se tornou um episódio ocorrido durante a II Guerra Mundial, em que uma única mulher casou com vários oficiais da força aérea, celebrando outros tantos contratos de seguro de vida para o caso da morte de cada um deles. O autor afirma que, fora destes casos extremos, o raciocínio não é, na prática, utilizado. Para uma panorâmica das diversas posições tomadas pelas doutrinas de expressão germânica a respeito da extensão do conceito de interesse no direito dos seguros, veja-se EICHLER, *VR*, pp. 255-258; ou KRAUSE, *Begriff*, pp. 61-75. Esta evolução não foi acompanhada por semelhante evolução na doutrina italiana que, tal como a inglesa, embora com algumas vozes dissonantes, vinha conferindo, tradicionalmente, ao conceito de interesse um papel unificador do direito contratual dos seguros. Veja-se, por exemplo, ASCARELLI, *Concetto Unitario*, pp. 353-401. Contra, todavia, FERRARINI, *Interesse*, pp. 6-8 e 11-12. Mais recentemente, cfr. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 143-151. Os autores consideram que o requisito do interesse não se aplica aos seguros de vida. Em Espanha, a doutrina também se divide. Cfr. GIRGADO PERANDONES, *Evolución Histórica*, pp. 175-178; e *Principio Indemnizatorio*, pp. 147-154. Sobre o panorama doutrinário em Portugal, cfr. *infra* n. 561.

478 Cfr. *supra* n. 472.

479 Sobre a possibilidade de se segurarem vários interesses sobre uma única coisa, cfr. EHRENBURG, *Interesse*, pp. 7-8 e 62-70. A tomada de consciência de que nos seguros de coisas não se seguram coisas, mas interesses sobre coisas constituiu um passo decisivo na evolução do direito dos seguros. Em Portugal, podemos encontrar alguns excelentes exemplos das consequências, por vezes desastrosas, da convicção errónea de que se segurariam as próprias coisas. Veja-se o Ac. STJ 01.04.1955. Certa coisa havia sido dada em penhor, sucessivamente, a dois credores do respectivo proprietário. A dada altura, ardeu. O segundo credor pignoratício contratara um seguro de incêndio, pelo que, na sequência do sinistro, foi-lhe paga uma indemnização pelo seu segurador. A acção em apreço foi proposta pelo primeiro contra o segundo credor, que entendia ter direito à indemnização, que dizia ter substituído a coisa empenhada (por aplicação do art. 692.º/1 CC *ex vi* art. 678.º CC). Inexplicavelmente, o tribunal deu razão ao autor, entendendo que a indemnização devia ter sido paga ao proprietário da coisa segura – o devedor – e não ao segundo credor, pelo que estaria sujeita a concurso de credores, com a consequência de que deveria ser entregue, na íntegra, ao primeiro credor, cujo penhor precedia o do segundo credor. De nada valeu ao segundo credor explicar que era ele o tomador e único segurado daquele seguro, que havia celebrado em nome e por conta própria, suportando por inteiro os respectivos custos, para se proteger contra o eventual desaparecimento da sua garantia. Resposta do tribunal: «Não se seguram créditos, sejam ou não assegurados por penhor; seguram-se coisas. E, como já se disse, e repete, os objectos dados em penhor, segurados pelo credor, não eram deste.» (p. 670). O tribunal estava em boa companhia nas suas convicções. Uns anos depois, os autores materiais da nossa lei civil tão-pouco se mostraram atentos a esta realidade. Cfr. os arts. 1480.º e 1481.º CC. Cfr. a crítica à redacção destes preceitos *infra* n. 1977. A este propósito, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. III*, pp. 540-542, chegavam a exigir, literalmente, que o seguro fosse «da coisa» e não do direito de usufruto ou da nua propriedade.

recorrer, sem mais, ao requisito do interesse de seguro desenvolvido pela jurisprudência inglesa.⁴⁸⁰

Em Portugal, não deverá empregar-se, apenas ou principalmente, um conceito restrito de interesse, circunscrito aos seguros de coisas. Antes de mais, porque todos os contratos de seguro, e não apenas os seguros de coisas, precisam – ainda hoje – de algo que os una e que, simultaneamente, os distinga do jogo, e o interesse tem vindo a fornecer-nos o único critério apropriado a esse efeito.⁴⁸¹ A isto acresce que, se atentarmos nas referências legais ao interesse no contrato de seguro presentes na legislação em vigor, que respeitam, não ao contrato, mas ao que está fora do contrato, verificamos que estas aparecem em todas as classes de seguros.⁴⁸² E nada nos permite chegar a uma interpretação restritiva do conceito semelhante à que foi construída nos sistemas inglês e alemão.⁴⁸³ Disse-se acima,

480 Veja-se o ponto de situação sobre a discussão, nos diversos ordenamentos europeus, feito por BASEDOW/FOCK, *Rechtsvergleich*, pp. 56-58. Os autores afirmam que existe desde há muito no direito dos seguros dos vários ordenamentos europeus o princípio do interesse: de que sem interesse não há seguro (*Obne Interesse keine Versicherung*) (p. 56). Sustentam que, pelo menos no domínio dos seguros de danos, é generalizada a ideia da essencialidade do interesse económico, ou seja, a ideia do seguro como protecção de necessidades económicas, porque sem esse interesse ter-se-ia apenas um jogo, e não um seguro. Acrescentam que, nalguns ordenamentos jurídicos, o interesse desempenharia uma segunda função: visto que várias pessoas podem sofrer uma desvantagem com a ocorrência de um único sinistro, seria tarefa do conceito de interesse, ao mesmo tempo, identificar as relações com o bem objecto da cobertura do seguro que seriam afectadas, sofrendo uma desvantagem patrimonial, e de entre essas as que se encontram cobertas pelo seguro. Todas as ordens jurídicas observadas se referem à necessidade, nos seguros de danos, para a validade do seguro, de uma relação entre o segurado e o bem objecto da cobertura do seguro. Já nos seguros de capitais a posição não é uniforme. Afirma-se a sua essencialidade na s. 1 do *Life Assurance Act* de 1774, para o Reino Unido e Irlanda. Esta segunda função é, pelo contrário, negada em França, e de uma forma geral na Escandinávia. Na Alemanha e no Luxemburgo, há afirmações de que, nos seguros de capitais, o interesse pode não ser económico, importante será antes a questão da seriedade da relação. Daí a exigência do consentimento, quando se trata de um seguro de vida sobre a pessoa de um terceiro, existente, por exemplo na Alemanha, na Áustria e na Grécia. Nos Países-Baixos, na Bélgica e no Luxemburgo, exige-se antes uma relação de proximidade entre o tomador e a pessoa segura.

481 Neste sentido, WEENS, *Intérêt* (1927), pp. 137-152; DONATI, *Trattato II*, pp. 212-213; e, mais recentemente, FONTAINE, *Assurances, maxime* p. 105, mas também pp. 20-23, 103-106 e 374-379.

482 Cfr. o disposto no art. 43.º/1 LCS. O requisito encontra-se sistematicamente arrumado na parte geral, de aplicação à generalidade dos contratos de seguro. A isto acresce que nos números seguintes do preceito se faz referência, quer aos seguros de danos, quer aos seguros de vida. Cfr. ainda os arts. 47.º/1 e 3, 48.º/6, 110.º/1, 127.º/4, 130.º/1, 131.º/1 e 2, 132.º/1 e 133.º/1 LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 428.º/1 e 456.º CCom. É digno de nota que, no regime anterior, a nossa lei apenas fizesse referência directa ao interesse nos casos que de algum modo envolvessem «terceiros» (em sentido amplo). No caso dos seguros de coisas, exigia-se um interesse por parte daquele em nome ou por conta de quem se contrata o seguro – que na primeira destas hipóteses será um terceiro apenas em sentido formal. No caso dos seguros de vida, literalmente, pareceria exigir-se o interesse do próprio tomador, embora não fosse essa a interpretação mais consentânea com o espírito do preceito. Cfr. *infra* n. 2124.

483 Cfr., a este respeito, o Ac. STJ 22.03.2007. Segundo este tribunal, «o interesse no seguro deve ser específico, actual, lícito e de natureza económica –, uma vez que o contrato de seguro se destina a cobrir um risco de carácter patrimonial –, derivado de uma relação juridicamente relevante do

a propósito do direito inglês, que, no contrato, é nota necessária a presença de um qualquer interesse, sem o qual não estaremos sequer em presença de um seguro, por faltar o risco que este se destina a cobrir, mas que, fora do contrato, a exigência ou não de algo de semelhante, ou mesmo de algo mais, cuja inexistência tornaria o seguro inválido, parece pertencer ao campo da contingência – das opções de política legislativa adoptadas em cada ordenamento jurídico. No nosso sistema, se é um facto que na lei se optou por exigir em todos os casos a presença, na realidade, de um interesse de seguro, sob pena de nulidade, não parece menos verdade que a referência a esse interesse deverá interpretar-se em sentido amplo, dada a falta de base legal ou sequer jurisprudencial para o reconhecimento de quaisquer restrições.⁴⁸⁴

Será interessante analisar os referidos preceitos em conjugação com as disposições gerais do direito dos contratos que também fazem referência ao interesse, por forma a concluir que interesse ou interesses deverão estar presentes num contrato de seguro, e quais os seus titulares. Guardarei, no entanto, para a segunda parte deste estudo a análise específica do interesse nas relações trilaterais e poligonais de seguro. Nessa altura, preocupar-me-ei em especial com a questão da sua titularidade, tratando a questão de saber que posição ou posições – de tomador, de segurado, de pessoa segura, de (terceiro) beneficiário, de destinatário da prestação – deverão ocupar os sujeitos do risco e do interesse para que estejamos em presença (i) de algo que possamos qualificar como um contrato de seguro; e (ii) de um contrato de seguro válido e eficaz, visto que, como vimos, a lei determina que a falta de interesse – fora do contrato – dá azo à nulidade do contrato. Por ora, limitar-me-ei ao estudo do conceito de interesse no contrato, ou seja ao interesse como nota necessária num contrato de seguro, sem ter em atenção a questão da

segurado com o objecto do seguro que origine para ele a possibilidade de extrair da coisa segura utilidades ou vantagens de natureza económica, ou de sofrer dano também económico em consequência do exercício de actividade que com ou sobre esse objecto a sua relação jurídica que o abranja lhe permita exercer». Cfr. o disposto nos arts. 127.º/4, 130.º/1, 131.º/1 e 2 e 132.º/1 LCS. Os preceitos fazem referência ao valor do interesse. Contudo, este não é motivo suficiente para adoptar, nestes casos, um conceito de interesse distinto, e mais restrito, do que o conceito interesse usado nos restantes preceitos.

484 Cfr. o disposto no art. 43.º/1 LCS. Sobre o requisito do interesse no nosso ordenamento jurídico, e em especial sobre a questão da sua titularidade, cfr. ainda *infra* o texto a partir da n. 2133. O mesmo se passa nos ordenamentos de expressão francesa, onde o interesse de seguro também não foi objecto dos desenvolvimentos de cariz restritivo que o mesmo sofreu nos sistemas inglês e alemão, desenvolvimentos esses que deram azo, em ambos os casos, ao desdobramento do conceito em duas acepções bem distintas. Para além do que se disse há pouco acerca do direito inglês e alemão, cfr. *supra* n. 446.

sua titularidade, sendo certo que as exigências são de ordem diversa e, por ora, importamos mais a delimitação do contrato de seguro para o efeito da qualificação do que as respectivas condições de admissibilidade. Para esse efeito, o conceito de interesse que entre nós deverá adoptar-se terá de abranger a totalidade do direito contratual dos seguros.⁴⁸⁵

Há quem diga que, enquanto o conceito técnico de interesse é um conceito autónomo, próprio do direito contratual dos seguros, ao conceito geral de interesse corresponderia um sentido de uso linguístico genérico.⁴⁸⁶ Não acompanho esta distinção. No direito dos seguros, o interesse surge em ambos os casos como relação, objectivamente apreciada, entre o sujeito de uma necessidade e o bem de que necessita.⁴⁸⁷ Nesta matéria, os autores germânicos da especialidade, ao contrário dos seus colegas de expressão inglesa, foram em grande medida beber inspiração aos desenvolvimentos de teoria geral do direito a que acima se fez referência e que culminaram na jurisprudência dos interesses. Simplesmente, alguns contratos de seguro pedem, num segundo momento, a avaliação do interesse, a sua quantificação. Em acréscimo a esta definição do interesse, pode precisar-se que o interesse corresponde à *relação de valor* entre um sujeito e um bem.⁴⁸⁸ Não parece isto suficiente para dar azo a dois conceitos distintos, um de uso genérico e outro próprio do direito contratual dos seguros: na medida em que há uma apreciação objectiva da relação, em todos os casos o direito reconhece um valor à relação, mas só nalguns requer a sua quantificação.⁴⁸⁹

Não temos de desfazer-nos dos ensinamentos da doutrina germânica a respeito do conceito técnico de interesse. Já vimos que têm utilidade, sobretudo na medida em que

485 Contra, VELOSO, *Risco*, p. 343, para quem a afirmação de que «a tutela jurídica dos contratos de seguro tem como requisito necessário e universal a existência de uma relação de interesse entre o tomador do seguro e os bens por referência aos quais se define a cobertura de risco parece coisa óbvia». O autor entende, no entanto, que «a afirmação só será verdadeira se pressupuser conceito de interesse tão indeterminado que acabará por não ter préstimo algum para a fundamentação da política legislativa e para a construção dogmática das várias espécies de contratos». Para o autor, só o conceito de risco, não o de interesse, seria «ao mesmo tempo *decisório* e aplicável a *todos* os contratos de seguro» (p. 344). O autor segue a tendência maioritária na doutrina germânica contemporânea. Cfr., sobretudo, EICHLER, *V/R*, pp. 251-264. Tenho alguma dificuldade em perceber esta sua contraposição entre o risco e o interesse, dada a demonstração, que julgo ter feito, de que não há risco sem interesse e, pelo menos nos seguros, não há interesse sem risco.

486 Neste sentido, MÖLLER, *Interesse*, p. 134.

487 Para a distinção, que sigo, entre o interesse objectivo e o interesse subjectivo, como a traça MENEZES CORDEIRO, cfr. *supra* o texto junto à n. 413.

488 Neste sentido, por exemplo, v. FÜRSTENWERTH/WEISS, *V/A*, p. 342.

489 Cfr. *supra* nn. 483 e 484.

permitem atribuir um valor determinado à relação de interesse entre um sujeito e um bem, que será objecto preferencial de certas classes de seguro.⁴⁹⁰ *Cum grano salis*. Como vimos, o conceito técnico de interesse surgiu da necessidade de separar, conceptualmente, o objecto da protecção do seguro – a relação de interesse – do objecto da posição de que o segurado é titular – a própria coisa segura.⁴⁹¹ O caso paradigmático de tal relação de interesse é o da relação que o proprietário estabelece com o objecto da sua propriedade. Mas as diferenças entre ambas as realidades compreendem-se melhor recorrendo a um exemplo com um direito real menor. Pensemos num direito de usufruto sobre um prédio urbano. A ideia é estabelecer que o objecto da protecção do seguro é o interesse seguro – neste caso o direito de usufruto – e não o prédio urbano – a coisa segura. O valor que interessa apurar seria o do direito de usufruto. É esse que irá estar na base do capital seguro. Porque o prédio urbano, tal como os restantes objectos materiais, não tem qualquer valor intrínseco, em si mesmo considerado. O único objecto de avaliação são as diversas posições de que possa ser-se titular em face de tais objectos materiais. Ou, noutros termos, as posições que *de facto* se ocupam em face de tais objectos materiais, ou imateriais, desde que avaliáveis em dinheiro, ainda que *de jure* não se seja seu titular. Aqui o interesse corresponde a um termo genérico para designar, na perspectiva da sua valia económica, toda a posição activa, jurídica ou pelo menos juridicamente reconhecida, de que um sujeito possa ser titular por referência a um qualquer activo. Na perspectiva da sua valia económica, porque se trata necessariamente da *relação de valor* a que se refere a doutrina alemã. Isto é válido no domínio dos seguros como nos demais.

Se o que levou a doutrina alemã da especialidade a desenvolver esta distinção foi, efectivamente, a constatação de que várias pessoas poderiam estar em posição de sofrer uma desvantagem económica na sequência da destruição ou deterioração de uma coisa, a verdade é que idêntico raciocínio poderá fazer-se, em abstracto, a propósito de uma pessoa.⁴⁹² Também uma única pessoa pode ser, de algum modo, objecto da cobertura em

490 Embora não fosse nossa tradição recorrer ao termo «interesse» para nos referirmos em especial às questões que a doutrina germânica visa tratar por via do conceito técnico de interesse, na recente reforma legislativa recorreu-se, para os mesmos efeitos, à ideia de valor do interesse seguro. Compare-se a redacção dos arts. 433.º e 435.º CCom com a redacção dos arts. 127.º/4, 130.º/1, 131.º/1 e 2 e 132.º/1 LCS.

491 Cfr. GASPERONI, *Assicurazione*, p. 70. Sobre o objecto do contrato de seguro, cfr. *infra* o texto a partir da n. 890.

492 Cfr. *supra* o texto junto à n. 59 (e a própria nota).

vários contratos de seguro, sem que haja coincidência nos interesses seguros em todos esses contratos. Ao exemplo, acima dado, do seguro da vida de um futebolista pelo respectivo clube, pode acrescentar-se um segundo seguro de vida, desta feita celebrado pelo próprio jogador, por sua própria conta. Não há, neste caso, coincidência de interesses seguros em ambos os seguros, não obstante incidirem ambos sobre a vida do mesmo futebolista.

Como foi dito acima, e melhor se compreenderá adiante, a pessoa segura, nos seguros de pessoas, desempenha nos seguros de pessoas uma função equivalente à da coisa segura, dado que ambas são o objecto do interesse seguro que – esse, sim – é objecto da protecção do seguro. Não se nega que, na prática, apenas nos seguros de activos se estabeleça por norma um valor de referência relativamente ao qual se afere a adequação do capital seguro. Que apenas nestes seguros se atribua normalmente ao interesse seguro um valor – o valor seguro. Mas a verdade é que também pode – e por vezes deve – tratar-se deste modo casos de seguros tradicionalmente vistos como de capitais, como o seguro de vida. Se é certo que, tratando-se de relações entre familiares, o direito dispensa uma quantificação do interesse seguro, noutros casos, mormente tratando-se de relações profissionais, essa quantificação tornar-se-á conveniente, e por vezes até mesmo necessária.

Pense-se no exemplo de uma entidade empregadora proprietária de uma mina que faz segurar por um valor avultado, em benefício próprio, a vida de todos os seus trabalhadores mineiros, obtendo destes o seu consentimento. Parece evidente a inadmissibilidade deste seguro, fundada na manifesta desproporção entre o prejuízo patrimonial que uma morte, nestas circunstâncias, poderia causar ao segurado – a entidade empregadora – e o montante da indemnização que este receberia em caso de verificação dessa morte. Aqui, claramente, estar-se-ia perante um caso de uso indevido do mecanismo do seguro, tendo em vista o lucro da entidade empregadora à custa da morte dos trabalhadores que deveria proteger, numa actividade que ainda por cima se considera perigosa. Por razões óbvias, não parece ser de seguir a posição de quem rejeita liminarmente a possibilidade de determinação do valor que a pessoa segura representa para o segurado.⁴⁹³ Uma comparação entre o valor assim apurado e o do capital seguro

493 Para um exemplo da defesa intransigente desta posição, cfr. KRAUSE, *Begriff*, p. 73.

pode contribuir decisivamente para dar resposta à questão de saber se o seguro em causa corresponde à satisfação de uma necessidade legítima do segurado ou, pelo contrário, a uma tentativa de lucrar à custa do infortúnio alheio. Na senda de CARNELUTTI e de DONATI, entendo que deve traçar-se uma distinção clara entre o homem enquanto pessoa – sujeito de situações jurídicas – e o homem enquanto objecto – o bem na relação de interesse entre um sujeito e um bem, eventualmente avaliável em dinheiro, em função da qual tais situações jurídicas podem ser delimitadas.⁴⁹⁴

A este respeito tem interesse, mais uma vez, regressar ao direito inglês, atentando no *Life Assurance Act* de 1774, que, numa posição diametralmente oposta à da doutrina germânica, começou por exigir a subordinação de todos os seguros de vida ao princípio indemnizatório.⁴⁹⁵ Os tribunais acabaram por atenuar a exigência, determinando que, nos seguros de vida, a fonte do interesse podia estar nos laços de afeição, bem como na relação de dependência financeira entre segurado e pessoa segura.⁴⁹⁶ Contudo, apenas no primeiro caso o seguro escapa à aplicação do princípio indemnizatório.⁴⁹⁷ Um exemplo muito difundido de um interesse fundado numa relação de dependência financeira é o do chamado *key-person insurance* – seguro de colaboradores de particular importância para o negócio.⁴⁹⁸ Nestes, exige-se que o capital seguro se limite ao valor económico de cada

494 Cfr. CARNELUTTI, *Teoria*, pp. 204-208; e DONATI, *Trattato II*, pp. 205-206. Cfr. ainda URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 757. Cfr. *infra* o texto junto à n. 539. Sobre o requisito do consentimento da pessoa segura, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1696.

495 S. 3 do *Life Assurance Act* de 1774: «E em todos os casos em que o segurado tenha interesse nessa vida, ou nesse evento, não será recuperada ou recebida do segurador quantia maior do que o montante correspondente ao valor do interesse do segurado nessa vida, ou noutro evento.»

496 Cfr. CLARKE, *Policies*, p. 29. Note-se, todavia, que o interesse fundado nos laços de afeição só é inquestionavelmente aceite no caso do seguro da vida de um cônjuge pelo outro, divergindo as posições da jurisprudência, da entidade reguladora e da doutrina sobre a possibilidade de alargar esta fonte às relações de união de facto ou outras relações familiares ou parafamiliares próximas. No Canadá, os seguros de pessoas são regulados, neste aspecto, por disposições legais de origem provincial e territorial que criaram uma lista de relações que dão automaticamente o interesse como existente, e que incluem relações familiares ou parafamiliares próximas, responsáveis pela subsistência ou educação do tomador, trabalhadores do tomador, terminando com uma cláusula geral que refere quaisquer pessoas em cuja vida ou bem estar se tenha um interesse pecuniário. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 74-79.

497 Neste sentido, LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. ii (*Summary* § 1.9) e 19 (§§ 3.53 e 3.54).

498 Esta modalidade de seguro é aquela em que se enquadrariam os exemplos acima dados do seguro de uma estrela de cinema feito pelo respectivo produtor, ou do seguro de um futebolista feito pelo respectivo clube. Cfr. *supra* o texto junto à n. 58. Essencial ao conceito de *key-person insurance* («seguro de elemento-chave») é o tratar-se de um seguro de colaboradores de particular importância para o negócio – exige-o o requisito do *insurable interest*. A questão da admissibilidade das chamadas *corporate owned life insurance policies* (COLI); *bank owned life insurance policies* (BOLI); e *trust owned life insurance policies* (TOLI) gera actualmente grande controvérsia nos EUA. Com efeito, generalizou-se, sobretudo nas duas últimas décadas, a prática de as empresas norte-americanas segurarem por sua própria conta a

trabalhador durante o período de vigência do contrato de trabalho ainda por decorrer.⁴⁹⁹ De reter é, por conseguinte, que no direito inglês os seguros de vida são necessariamente configurados como seguros de danos, em todos os casos em que não existe uma relação familiar próxima entre o segurado e a pessoa segura, ou em que estes não coincidem numa única pessoa.

Não obstante o que ora se disse, não é na sua vertente de relação de valor que o interesse é elemento necessário do tipo contrato de seguro. Regressemos por isso, neste ponto, ao conceito de interesse que acima foi sintetizado: o interesse como a relação, objectivamente apreciada, entre o sujeito de uma necessidade e o bem de que necessita.⁵⁰⁰

Tomemos o conceito de interesse a partir dos elementos que o compõem. Temos, em primeiro lugar, a necessidade. Em certa medida, a ideia de necessidade já transparecia do conceito de risco. Retomando as duas características genéricas presentes em todo o juízo de risco – a possibilidade e o desvalor – facilmente se percebe que é a ideia de necessidade que nos permite saber se uma dada possibilidade é indiferente ou se pelo contrário tem impacto na esfera de um dado sujeito. O mesmo é dizer que não há risco sem interesse.⁵⁰¹ E, embora possa porventura dizer-se que pode haver interesse sem risco – afirmação que não é isenta de dúvidas – no domínio dos seguros, que é o domínio da mera possibilidade, podemos certamente dizer que não há interesse sem risco.⁵⁰² É

vida de todos os seus trabalhadores, e não apenas daqueles que são verdadeiramente importantes para o negócio, pelo que se discute, nesses casos, se a entidade empregadora tem um *insurable interest* na vida desses seus trabalhadores. As razões da generalização desta prática estão na circunstância de estes seguros possibilitarem o recurso a adiantamentos, que a entidade empregadora depois utiliza para financiar os programas de benefícios que oferece aos seus trabalhadores, bem como nos benefícios fiscais a que este modo de financiamento, aparentemente, permitia aceder. Aparentemente porque, nos últimos, anos, para além dos ataques à validade dos contratos, por falta de interesse de seguro, terão surgido vários casos em que o recurso, pelas empresas, aos benefícios fiscais aplicáveis aos seguros de vida foi considerado abusivo pela administração fiscal. Cfr. MARTIN, *COLL*, pp. 653-678; e BAKER, *ILP*, pp. 238-249.

499 Cfr. MACGILLIVRAY/LEIGH-JONES, *Insurance Law*, p. 36 (1-72); e CLARKE, *Policies*, p. 29. O último autor acrescenta que, na prática seguradora, o limite é largamente ignorado. Cfr. ainda o exemplo do *cast insurance*. Cfr. *infra* n. 1627.

500 Cfr. *supra* o texto junto à n. 412.

501 Cfr. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 73.

502 Cfr. FERRARINI, *Interesse*, p. 41, para quem «[o] interesse, enquanto relação entre uma pessoa com uma coisa, existe em si, independentemente de um risco que o ameace, mas só é tomado em consideração num seguro na medida em que seja ameaçado por um risco». O risco constituiria, para o autor, verdadeira condição de segurabilidade do interesse. Cfr. ainda SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 234, para uma defesa da tese de que pode haver um interesse não sujeito a um risco mas não um risco sem um certo interesse subjacente, pelo que, «em última análise, o interesse deveria ser considerado como um elemento indirecto do risco». Não iria tão longe, pelos motivos que exponho *infra* no texto a partir da n. 684.

impossível destriçar em absoluto o risco e o interesse enquanto elementos do contrato de seguro. Pode dizer-se que correspondem, em certa medida, a perspectivas diferentes de olhar uma mesma realidade. O que não significa que o elemento do interesse não traga nada de novo ao seguro, que não estivesse já contido na referência ao risco. Veremos adiante que não é assim.⁵⁰³ Para já, examinemos em mais pormenor a perspectiva do interesse enquanto necessidade de um bem.

É claro, dir-se-á, que a necessidade está na base de toda a actividade económica. E poder-se-á também dizer, genericamente, que toda a contratação tem em vista satisfazer pelo menos uma necessidade de cada uma das partes.⁵⁰⁴ Por este motivo se afirma, com alguma frequência, que o caminho da necessidade não nos traz uma compreensão da natureza específica do contrato de seguro, dado que todos os contratos se destinam à satisfação de uma necessidade, e muitos deles à satisfação de uma necessidade eventual.⁵⁰⁵ Se pretendo recorrer ao conceito de interesse com o intuito de traçar a fronteira entre o seguro e os demais contratos de direito privado carecerei, por conseguinte, tal como fiz com o risco, de acrescentar algo de específico a esta ideia de interesse como necessidade de um bem.⁵⁰⁶

Onde falta a unanimidade, mesmo entre os defensores da essencialidade unificadora do interesse – embora o mais das vezes sem uma total consciência das divergências – é precisamente na identificação de ambos os lados da relação: o sujeito do interesse – o interessado – e o objecto do interesse – o bem. Já disse que não iria tratar para já do primeiro lado desta relação.⁵⁰⁷ O segundo será tratado em seguida. Como ponto de

503 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 683.

504 HAX, *Wesen*, p. 2. Cfr. ainda KOLLER, *Risikozurechnung*, p. 1, para quem toda a actividade de contratação visa a protecção de uma necessidade de cada contraente (*Bedarfsdeckung*) e há uma procura, por cada uma das partes, da satisfação de uma necessidade, mediante a contraprestação, em todo o contrato de troca (*Austauschvertrag*). Esta era também uma das principais ideias da jurisprudência dos interesses. Cfr. *supra* o texto junto à n. 376.

505 DONATI, *Trattato I*, pp.3-5; e *Trattato II*, p. 10.

506 Nesse sentido, SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 501. O autor sublinhava a ambiguidade do conceito de necessidade e notava que, quem não concretiza o que tem em mente com a referência ao conceito, acaba por não dizer absolutamente nada. MAHR, *Einführung*, p. 70, afirma que, numa perspectiva subjectiva, o seguro vem, sem dúvida, ao encontro de uma necessidade, de contrário não teria procura. O que precisaria ainda de ser explicado, no entender do autor, é o tipo de necessidade presente na procura deste produto.

507 Sobre a figura do interessado – na matéria em apreço, do segurado, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2133.

partida, bastará por ora a ideia do interesse como a relação, objectivamente apreciada, entre o sujeito de uma necessidade e o bem de que necessita.⁵⁰⁸

3.2.4. Querela doutrinária sobre a «função» do seguro

Consideremos, mais em pormenor, um dos elementos que compõem o conceito de interesse: a ideia de satisfação de uma necessidade. Este tema tem sido tratado pela doutrina da especialidade sobretudo no contexto das discussões em torno da «função» do seguro.⁵⁰⁹ A palavra «função» adopta normalmente, nessas discussões, o sentido mais genérico de motivo da contratação, sendo o propósito subjacente a tais discussões o de determinar «para que serve» o contrato de seguro, por forma a melhor delimitá-lo de algumas das suas figuras afins.⁵¹⁰ É com este sentido que, mais à frente, me refiro à função da atribuição característica do contrato de seguro: o estado de vinculação do segurador.⁵¹¹ Com efeito, é mais simples, mais claro e parece suficiente assacar o desempenho de uma função típica à atribuição característica do seguro, e não tanto ao contrato no seu todo. Contudo, nada mais direi a este respeito, na exposição que se segue acerca das discussões em torno da «função» do seguro.

Nessas discussões, que atingiram o seu auge nos anos cinquenta e sessenta do século passado, nem sempre se separa com clareza o seguro como operação económica – como instrumento de repartição ou redistribuição e de dispersão ou compensação de riscos,⁵¹²

508 Cfr. *supra* o texto junto à n. 412.

509 Cfr. uma panorâmica das manifestações dessa tendência em DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 31.

510 Em Portugal, o tema da «função económico-social» do contrato ou, mais amplamente, do negócio jurídico, recebeu a especial atenção de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto, maxime* pp. 441-448. Sobre esta cfr. *infra* o texto a partir da n. 1089 e a n. 1091. O autor nota que «função» é um termo polissémico. Na sua monografia, opõe a «função económico-social» à «função eficiente» do negócio jurídico. Não é nenhum desses o sentido com que o termo é usado nesta sede. Trata-se, antes, do uso mais disseminado na linguagem comum, e também na linguagem jurídica tradicional, que o autor qualifica como o sentido instrumental, de meio para atingir um fim (p. 441).

511 Cfr. *infra* o texto junto à n. 894.

512 Encontramos um exemplo de uma definição predominantemente económica do seguro em KIMBALL, *Public Policy*, p. 5, para quem este pode definir-se como «qualquer esquema formalmente organizado para a distribuição de um dano patrimonial adventício por um grande número de pessoas sujeitas ao risco desse dano, com vista a substituir o risco incerto do dano por um custo previsível». HÉMAR, *Assurances Terrestres I*, p. 24, criticava quem confundia a definição do seguro com a definição do contrato de seguro, dado que o seguro apresentaria em simultâneo um carácter económico, jurídico e técnico, enquanto o contrato de seguro seria apenas a sua tradução jurídica, normalmente a respeito de um caso individual. Sustentava que o seguro não devia definir-se, sucessivamente, de acordo com as perspectivas económica, jurídica e técnica, todas estas perspectivas devendo intervir e combinar-se para determinar a sua essência e o seu campo de aplicação. Para o autor, o seguro seria «uma operação pela qual uma parte, o segurado, se faz prometer, mediante remuneração, o prémio, para si ou para um terceiro, em caso de realização de um risco, uma prestação de uma outra parte, o

do seguro como figura jurídica – como contrato de direito privado.⁵¹³ Veremos já de seguida que, simplificando, uma das principais teorias sobre a função do seguro assenta na ideia de satisfação de uma necessidade, por contraposição a outra, que recorre à ideia de ressarcimento de um dano, e a uma terceira, que nega reconduzir todas as classes de seguros a uma única função. Encontramos na literatura da especialidade vários bons resumos das principais teorias tradicionalmente apresentadas pela doutrina.⁵¹⁴ Serão brevemente analisadas, na medida em que a sua análise permita desenvolver o sentido em que tenho por essencial a noção de necessidade no contrato de seguro.

Tradicionalmente, dada a hegemonia inicial do seguro marítimo sobre os demais, e tendo em mente o imperativo legitimador de separação entre o seguro e o jogo, concebia-se todo o contrato de seguro como visando o ressarcimento de um dano.⁵¹⁵ Esta concepção ficou conhecida como a teoria indemnizatória do seguro. Ainda hoje conta com alguns partidários.⁵¹⁶

A certa altura, por oposição à teoria indemnizatória do seguro, foi-se divulgando a ideia de que a unidade do contrato de seguro se encontraria, não no conceito de dano, mas no conceito de necessidade, e mais propriamente no efeito de protecção contra uma necessidade eventual. A teoria da necessidade eventual⁵¹⁷ foi inicialmente formulada ainda no séc. XIX, pelo economista italiano ULISSE GOBBI⁵¹⁸ e posteriormente desenvolvida por vários autores, economistas e juristas, de cujos contributos sobressai o do jurista-

segurador, que, assumindo um conjunto de riscos, os compensa em conformidade com as leis da estatística» (pp.73-74).

513 Para um exemplo desta forte interligação entre os contributos dos teóricos da economia e dos teóricos do direito para a discussão, cfr. FARNY, *Fortentwicklung*, pp. 867-871.

514 Cfr. os de MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 269-289; DONATI, *Trattato II*, pp. 6-57; SCHMIDT-SALZER, *Versicherung*, pp. 587-600; JABORNEGG, *Wesen*, pp. 554-565; e FARSACI, *Teoriche*, pp. 57-91. Para uma perspectiva predominantemente económica sobre as várias teorias jurídico-económicas em confronto, cfr. em especial MAHR, *Einführung*, pp. 66-76.

515 Cfr. POTHIER, *Contrat d'Assurance* (1775), p. 236 (n.º 2). CHAUFONT, *Assurances* (1884), p. 312, distinguia, dentro da reparação dos danos causados ao património, os danos que atingem os capitais formados e incorporados em certos objectos materiais; e os que atingem os capitais ainda em formação – ou seja o respectivo sujeito criador. EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, p. 239, afirmava que esta teoria, na sua forma clássica, foi desenvolvida essencialmente pela doutrina dos países latinos e anglo-americanos. Mas cfr. a sua defesa em obras clássicas como as de v. GERBER, *System* (1848), pp. 556-563; e de STAUDINGER, *Rechtslebre* (1858), pp. 50-54.

516 Por exemplo, MEHR/CAMMACK, *Principles*, p. 30. Os autores afirmam, peremptoriamente, que a indemnização é o único uso legítimo dos seguros.

517 Em Itália: *teoria del bisogno eventuale*. Na Alemanha: *Bedarfsdeckungstheorie* ou *Bedarfstheorie*.

518 GOBBI, *Assicurazione* (1898), pp. 56-61. O autor defendeu que o seguro seria o meio menos custoso de «prover a uma necessidade eventual, substituindo o custo total eventual por um custo certo mas parcial, que seja apenas uma fracção daquele» (pp. 56-57). Cfr. ainda *Theorie*, pp. 254-258.

economista ALFRED MANES.⁵¹⁹ Viria a ter especial influência a definição de seguro por si proposta:

«O seguro é, portanto, cobertura mútua de necessidades eventuais avaliáveis em dinheiro por várias economias homogeneamente ameaçadas.»⁵²⁰

Mais tarde, nesta formulação tradicional, os maiores defensores da teoria da necessidade eventual foram, no campo do direito, ERNST BRUCK e HANS MÖLLER.⁵²¹ Em Portugal, esta teoria viria a ser subscrita por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES.⁵²²

Esta teoria, na sua versão tradicional, sofreu fortes críticas por parte da doutrina, sobretudo em Itália.⁵²³ O conceito de necessidade serviria para indicar por que motivo se contrata, e o de necessidade eventual para indicar de que modo – condicional – se contrata, mas sustentaram alguns autores italianos que, para encontrar a «função» do contrato – a sua «causa» – faltaria ainda determinar que necessidade se pretende satisfazer. Embora se reconhecesse, por vezes, que os defensores desta teoria acrescentaram à ideia da satisfação de uma necessidade eventual uma referência à circunstância de essa satisfação ser feita a custo certo parcial.⁵²⁴ E que alguns tentaram, inclusivamente, chegar a um conceito de «necessidade objectiva» e não «meramente

519 MANES, *VWI* (1930), p. 1, entre as obras que indicou na bibliografia inicial sobre o conceito de seguro, colocou em primeiro lugar a de GOBBI. Cfr. a restante bibliografia indicada para uma lista dos primeiros defensores da teoria da necessidade. Em Itália, cfr. ainda FERRARINI, *Interesse*, pp. 5-6 e 41-42.

520 MANES, *VWI*, p. 2.

521 Cfr. BRUCK, *PVR*, pp. 52-53; e MÖLLER, *Beziehung*, pp. 18-43; e em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 97-98 mm. 5 e 7. Veja-se, um pouco mais tarde, REIMER SCHMIDT, *Gedanken*, pp. 247-255; e *Begriff*, cc. 243-249. Semelhantes definições e posições aparecem ainda, mais recentemente, em SIEG, *AVVR*, pp. 21-22. Na economia, sobressai a figura de KARL HAX, *Wesen*, p. 7.

522 I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 85.

523 Uma das principais vozes críticas foi a de DONATI, *Trattato II*, pp. 10-12; e *Begriff*, pp. 289-302. O autor tratou o assunto das teorias sobre a natureza do seguro a propósito da «causa», ou «função económico-social», do contrato de seguro. Cfr. *Trattato II*, pp. 7-27. Uma das principais críticas apontadas a esta teoria era a de que o conceito de necessidade, eminentemente económico, seria demasiado lato para definir, juridicamente, um tipo contratual, dado todos os contratos se destinarem à satisfação de necessidades e muitos deles à satisfação de necessidades eventuais – a que me referi há pouco (pp. 10-12). No mesmo sentido, SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 27. Cfr. ainda o suíço KOENIG, *Schw. PVR*, p. 35. Entre nós, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 222.

524 BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 427-455, afirmava que o seguro fora definido pelos economistas como a operação económica mediante a qual se provê, a custo certo parcial, à satisfação de uma necessidade eventual. A mesma consciência desta noção económica do seguro aparecia já em EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 16. E mais tarde em I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 85 (cfr. *supra* a última parte da citação relativa à n. 522).

subjectiva», fazendo uso da distinção entre os termos *Bedarf* (necessidade objectiva) e *Bedürfnis* (necessidade subjectiva).⁵²⁵ Confrontados com o problema de, em certos casos, não se verificar qualquer necessidade, mesmo objectiva, na altura do pagamento do capital seguro, tentara-se a defesa da ideia de uma «necessidade concreta» nos seguros de danos e de uma «necessidade abstracta» nos seguros de capitais.⁵²⁶ Mas a isto retorquiram as vozes críticas que falar em «necessidade abstracta» equivaleria a abstrair por completo da necessidade e, ao fazê-lo, negar-lhe a unidade.

Paralelamente à teoria da necessidade eventual, merece ainda referência a teoria da previdência (*Sicherungstheorie*) de HUPKA.⁵²⁷ O autor pôs a tónica na garantia da satisfação das necessidades e não nas próprias necessidades, na medida em que o que caracterizaria o seguro seria, *ex ante*, a motivação de previdência por detrás da sua celebração e não, *ex post*, a verificação factual cuja contemplação esteve na base de tal motivação, não interessando se, de facto, as necessidades se sentiram, efectivamente, após a ocorrência do sinistro, mas antes que, ante a possibilidade de ocorrência do sinistro, se temia o surgimento de tais necessidades.⁵²⁸

Esta teoria não logrou reunir um apoio tão grande como o de que tem beneficiado a teoria da necessidade eventual, que acabaria por dominar o panorama continental, explícita ou implicitamente, na medida em que dela veio a aproximar-se, gradualmente, embora sob novas vestes, a antiga teoria indemnizatória. A principal fragilidade da teoria da previdência estará numa insuficiente delimitação entre o seguro e as suas figuras

525 Cfr. STEIN, *Bedarf*, pp. 707-718.

526 De entre os defensores desta ideia, cfr. BRUCK, *PVR*, pp. 62-63; MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 103-104 mm. 23-25; em *Moderne Theorien*, pp. 283-284; e em BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» pp. 2-3 m. 2; SIEG, *AVVR*, pp. 41-43; REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2372; REICHERT-FACILIDES, *Bedarf*, cc. 239-240; e, mais recentemente, SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 179; e WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 9.

527 HUPKA, *Begriff* (1910), pp. 561-588.

528 HUPKA, *Begriff*, p. 569. No mesmo sentido, GASPERONI, *Assicurazione*, p. 30. Cfr. ainda, numa linha muito semelhante, a teoria da previdência de SANTORO-PASSARELLI, no opúsculo *Rischio* (e outras obras). Cfr. *maxime* p. 14. SCALFI, *Assicurazione*, pp. 340-342, defende, numa linha não muito longínqua, que os vários contratos de seguro se unem por via da estrutura, na medida em que se traduzem numa «prestação de garantia»: o segurador faz sentir ao segurado a segurança – economicamente relevante – de que, verificando-se o sinistro, poderá exigir-lhe um pagamento, intervindo o seguro em caso e no momento da necessidade. Regressarei adiante a esta teoria. Cfr. *infra* nn. 664 e 1178.

afins.⁵²⁹ No entanto, ao apontarem a direcção de uma mudança de perspectiva, de *ex post* para *ex ante*, estes autores deram um importante contributo para a teoria do seguro.⁵³⁰

O principal cultor da teoria indemnizatória, na sua versão renovada, foi ANTIGONO DONATI.⁵³¹ O autor defendia aquilo a que chamou a nova teoria indemnizatória.⁵³² Esbatendo as diferenças substanciais entre a teoria indemnizatória e a teoria da necessidade eventual, esta nova teoria funda-se na observação de que os conceitos de dano e de necessidade coincidem essencialmente no seu âmbito, embora pertencendo o primeiro ao domínio do direito e o segundo ao domínio da economia.⁵³³ A ideia é a de que ambos se refereririam à falta, presente ou antecipada, de um bem. Juridicamente, o interesse seria a relação entre um sujeito e um bem, e o dano a lesão do interesse existente ou previsto.⁵³⁴

«[D]igamos que o interesse é um *quid* positivo que existe independentemente do dano e que o dano é a lesão, total ou parcial, deste *quid* preexistente.»⁵³⁵

Esta teoria não nega que o interesse – como o risco – configurem elementos constitutivos de todo o contrato de seguro.⁵³⁶ Muito pelo contrário, entendia o fundador da teoria que a posição da doutrina então dominante deveria ser reconsiderada,

529 JABORNEGG, *Wesen*, p. 555, distingue as várias teorias sobre a natureza do seguro consoante procurem distingui-lo das suas figuras afins ou, pelo contrário, enquadrá-lo numa categoria mais ampla de tipos negociais ou de mecanismos económicos. O autor coloca a teoria da previdência entre as segundas.

530 Cfr. *infra* n. 664.

531 DONATI, *Trattato II* (1954), pp. 187-276; e *Begriff* (1960), pp. 289-302. Embora alguns atribuam a paternidade da nova teoria indemnizatória a ASCARELLI, *Concetto Unitario* (1945), pp. 353-401. A verdade é que não podemos encontrar um único escrito que, por si só, represente a substituição da teoria indemnizatória pela nova teoria indemnizatória, visto que se tratou de uma evolução gradual, para que contribuíssem, sem dúvida, ambos os autores.

532 DONATI e a sua nova teoria indemnizatória tiveram um grande impacto na doutrina jusprivatística continental. Por isso as referências que lhe faço se relacionam sobretudo com essa teoria. Noto, no entanto, que num seu livro mais recente, escrito em co-autoria, encontramos, simultaneamente, uma adesão à teoria dualista, a que mais adiante me refiro, e uma referência à função económica unitária do seguro como a satisfação de uma necessidade do segurado a custo certo parcial. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 101-103 e 105-106.

533 DONATI nota que o próprio GOBBI, depois de criticado, retorquiu que a sua teoria era económica e não jurídica. Na verdade, pode ler-se, no início do prefácio de GOBBI, *Assicurazione*, p. xi, a advertência de que a obra «trata os seguros em geral de um ponto de vista económico».

534 Neste ponto, retomam-se algumas questões acima abordadas, na medida em que as discussões relativas aos conceitos de interesse e de dano se repetem, em parte, no contexto específico do direito dos seguros. Sobre a relação entre os conceitos de interesse e de dano, cfr. *supra* n. 411.

535 DONATI, *Trattato II*, p. 191.

536 DONATI, *Trattato II*, p. 198.

reconhecendo-se o interesse como pressuposto.⁵³⁷ Defendia que, de um ponto de vista «jusnaturalístico» ou «ontológico», também nos seguros de pessoas devia existir um interesse, de contrário tratar-se-ia de jogos, e não de seguros.⁵³⁸ O autor sustentava dever distinguir-se o homem como pessoa – como sujeito de direitos – do homem como não-pessoa – como bem susceptível de avaliação e objecto de direitos.⁵³⁹ Chegou à conclusão de que, sendo o dano a lesão total ou parcial do interesse, também o dano seria, necessariamente, comum à totalidade dos seguros. Sustentou que eram interdependentes os conceitos de necessidade, interesse, e dano: ao conceito de necessidade seria correlativo o de lesão de interesse – ou seja de dano.⁵⁴⁰

«Dano, na sua acepção mais lata (...), é toda a alteração de sentido negativo da relação existente, ou prevista na sua natural dinâmica, entre as necessidades económicas de um sujeito e os meios de satisfação de que dispõe (ou se prevê que possa dispor); ou seja, toda a diminuição dos meios de satisfação existentes ou previstos ou todo o aumento das necessidades existentes ou previstas, que não dependa unicamente da vontade do sujeito.»⁵⁴¹

Mais brevemente, o dano seria uma «diminuição do património», podendo consistir numa diminuição do activo presente (dano emergente) ou do activo futuro (lucro cessante) ou num aumento do passivo (necessidade de uma despesa ou surgimento de um débito).⁵⁴² Neste sentido, todos os seguros – mesmo os de pessoas – teriam a função de proteger o património.⁵⁴³

537 DONATI, *Trattato II*, p. 205.

538 Cfr. *supra* n. 423. O autor era da opinião de que fora essa a grande conquista do *Life Assurance Act* de 1774. De facto, como já foi dito, visto que no direito anglo-americano o interesse sempre apareceu ligado ao seguro de vida, a sua relevância neste domínio não é em geral discutida, ao contrário do que acontece no direito continental, onde muitos autores negam que o interesse seja requisito dos seguros de pessoas. Mesmo o «novo» DONATI analisa o interesse apenas no capítulo dedicado aos seguros de danos. Cfr. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 143-151. Os autores consideram que este requisito não existe no seguro de vida (cfr. *supra* n. 532).

539 Na senda de CARNELUTTI, *Teoria*, pp. 204-208.

540 DONATI, *Trattato II*, p. 206.

541 DONATI, *Trattato II*, p. 202.

542 Para a doutrina dominante, a cobertura de um seguro contra o surgimento de um débito tem por objecto o património inteiro do potencial devedor.

543 DONATI, *Trattato II*, p. 203.

DONATI entendia que, no quadro geral da evolução do direito, o princípio do interesse coloca o contrato do seguro em uníssono com a teoria geral que considera objecto de tutela, não os bens, mas os interesses («direitos subjectivos», «interesses legítimos», «interesses ocasionalmente protegidos»). O autor encontrava, aliás, uma importante razão para a falta de convergência, na doutrina da especialidade, quanto ao conceito de interesse, na circunstância de os especialistas de seguros nem sempre levarem em devida conta o trabalho sobre os conceitos de interesse e de direito subjectivo na teoria geral do direito.⁵⁴⁴ O conceito de interesse viria assim permitir, para os cultores desta teoria, como para os adeptos da teoria da necessidade eventual, uma concepção unitária do contrato de seguro, ao mesmo tempo que o distinguiria do jogo.⁵⁴⁵

O autor acabou por concluir que, para poder constituir um interesse «em sentido técnico», a relação entre a pessoa e a coisa devia ser de natureza económica: a coisa deve poder satisfazer uma necessidade sua, de natureza económica, o que significa que a relação deve poder ser avaliada em dinheiro.⁵⁴⁶ É de assinalar, neste ponto, a influência da doutrina alemã.⁵⁴⁷

Note-se que o conceito de dano aqui utilizado não é forçado, não se afasta das construções dogmáticas da época sobre o conceito de dano, ou seja, não houve aqui uma introdução artificial de elasticidade com o intuito de aproximar as duas teorias.⁵⁴⁸ DONATI

544 DONATI, *Trattato II*, p. 189.

545 DONATI, *Trattato II*, pp. 212-213.

546 DONATI, *Trattato II*, p. 223. Note-se que este «conceito técnico de interesse» é bem mais amplo do que o da doutrina germânica oitocentista e do início do séc. XX.

547 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 448.

548 GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, pp. 101-102 e 336-343, designadamente, afirmava que dano é todo o prejuízo que o indivíduo, sujeito de direito, sofre na sua pessoa e bens jurídicos. O autor seguiu de perto, na tradução espanhola, a clássica definição proposta por FISCHER, *Daños*, p. 1. Mas FISCHER excluía do conceito de dano o prejuízo causado pelo próprio prejudicado, restrição injustificada, no entender de GOMES DA SILVA, dada a desnecessidade de fazer identificar o conceito de dano com o de ressarcibilidade do dano. Mais recentemente, ainda no seio desta tradição naturalista do dano, cfr. LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 426-428. Ao conceito naturalista de dano opõem-se os conceitos normativos de dano. Como esclarecia LARENZ, deve usar-se o plural porque não pode falar-se de uma concepção universal do dano em sentido normativo, dependendo a sua definição do contexto normativo em que a mesma nos é pedida. É especialmente relevante, na matéria que ora me ocupa, a consciência de que não deve recorrer-se, sem mais, aos ensinamentos sobre o dano provindos da doutrina relativa ao direito da responsabilidade civil, em que o dever de indemnizar tem a sua fonte no direito objectivo, para caracterizar o dano no contexto da relação de seguro, em que o dever de indemnizar resulta de estipulação das partes, embora este se molde sobre o primeiro no domínio mais restrito dos seguros de responsabilidade civil. Para uma panorâmica da evolução das várias concepções sobre o conceito de dano, veja-se, por todos, LANGE/SCHIEHMANN, *Schadensersatz*, pp. 26-49. Para uma defesa da distinção entre os conceitos de dano em direito civil geral e no direito contratual dos seguros, veja-se WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 9-21. Para uma distinção entre os

acabou por pôr de parte o conceito de necessidade e de reter o de dano apenas por, no seu entender, este último ser um «conceito eminentemente jurídico».⁵⁴⁹

«Em todos os seguros, portanto, o evento seguro pode provocar um dano: temos, pois, o interesse seguro e o dano eventual, e todo o contrato desempenha a função de transferir o risco ou de *saecurum facere* o interessado.»⁵⁵⁰

O autor sustentava que, nos seguros de vida, tal como nos seguros de saúde e de acidentes pessoais, o dano seria «inerente ao evento», e como tal «presume-se *juris et de jure*».⁵⁵¹ Prescinde-se, nos seguros de vida, da existência efectiva de um dano, e fixa-se previamente o capital seguro, embora após a fixação até possa pagar-se proporcionalmente à gravidade do resultado nas várias hipóteses de dano parcial, como acontece com a incapacidade parcial, possam acumular-se indemnizações, e se exclua a possibilidade de sub-rogação. Defendia, por conseguinte, uma «função indemnizatória presumida» nos seguros de vida, admitindo que, em certos casos, o seguro possa celebrar-se com intuítos subjectivos especulativos, sem no entanto com isso se prejudicar a função objectiva do contrato de seguro: «todos os negócios podem servir propósitos subjectivos diversos daquela função objectiva que o direito reconhece (negócios indirectos)».⁵⁵² O autor definia «a função do seguro» como «eliminação de um dano eventual».⁵⁵³

Estas ideias foram posteriormente desenvolvidas por outros autores.⁵⁵⁴ Aceitam que a satisfação de uma necessidade eventual está presente em todas as formas e tipos de

conceitos de dano patrimonial e de dano real, com a chamada de atenção para o facto de este último ser o conceito que habitualmente se emprega no domínio específico dos seguros, veja-se MÖLLER, *Einzel Schaden*, maxime pp. 30-31; e em BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» pp. 5 e 22 mm. 4 e 37; e, mais recentemente, SIEG, *AVVR*, p. 43. Cfr. *supra* n. 411.

549 DONATI, *Trattato II*, pp. 19-20.

550 DONATI, *Trattato II*, p. 26.

551 No mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 229.

552 DONATI, *Trattato II*, p. 27.

553 DONATI, *Trattato II*, p. 27. Cfr. também p. 57.

554 Entre os quais sobressai BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 427-455; e *Moderni Orientamenti*, pp. 289-299. Em Espanha, foi importante defensor da nova teoria indemnizatória URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 768, que distinguia os seguros de indemnização subjectiva, em que o montante da indemnização corresponde ao capital seguro previamente determinado, dos seguros de indemnização objectiva, em que, com o limite máximo do capital seguro, o montante da indemnização se determina pelo valor do dano e pela proporção do valor da coisa segura com o capital seguro. Em Portugal, a teoria indemnizatória não parece ter tido grande expressão. Como seus cultores poder-se-á, todavia, apontar SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 219-229; e ANDRADE, *Vocabulário*, p. 86.

seguros, embora sigam critérios diversos na avaliação dessa necessidade, que apenas nos seguros de pessoas seria deixada à livre determinação das partes, identificando o valor da necessidade, nos seguros de danos, com o do dano súbito do segurado. Notam que, nos primeiros, a eventual ausência de uma verdadeira e própria necessidade num dado caso concreto, após a ocorrência do sinistro, não tem consequências para a eficácia do contrato de seguro. A ideia é clara: se, nos seguros de pessoas, seria suficiente a avaliação abstracta e *ex ante* de uma necessidade, renunciando-se à sua busca em cada caso concreto, como afirmam os cultores da teoria da necessidade eventual, não se percebe por que motivo o mesmo raciocínio não haveria de aplicar-se à teoria indemnizatória, visto que a afirmação de que um determinado evento faz surgir uma nova necessidade para o segurado equivaleria a dizer, simplesmente, que o mesmo é para ele fonte de dano.⁵⁵⁵

Vimos que houve, a partir de certa altura, um esbater das diferenças entre ambas as teorias, com a aproximação da teoria indemnizatória, na versão renovada, à teoria da necessidade eventual. É, por isso, natural que muitas das críticas formuladas a propósito

555 Cfr., sobretudo, BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 431-437. Os defensores da nova teoria indemnizatória reconhecem, naturalmente, que, para se falar de uma «função indemnizatória do seguro», é necessária, não só a verificação da existência de um dano, mas também que a prestação do segurador se destine a ressarcir esse dano. Posição distinta, embora próxima da nova teoria indemnizatória, era a do suíço KOENIG, *Gegenstand, maxime* pp. 92-102; e *Schw. PVR*, pp. 4-8, 30-39 e 283-286. O autor concebia todo o sinistro como um dano sofrido por uma pessoa, uma coisa ou um património. Chegou mesmo a falar no atingir-se uma determinada idade como um dano (*Gegenstand*, p. 93 n. 1). Similarmente, BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 444 e 449; e SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 223. Os autores tratam os exemplos, normalmente apontados, do seguro de vida em caso de vida, do seguro de nupcialidade e do seguro de natalidade, defendendo que também aqui se trata da indemnização de um dano (cfr. *supra* n. 126). O austríaco EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 59 n. 8; e o alemão SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 496 n. 26, mostraram-se estupefactos com a afirmação de KOENIG, de que também a morte tardia da pessoa segura consubstanciaria um dano que o seguro visa ressarcir, e recusaram veementemente esta concepção. O autor não terá, efectivamente, exposto a sua posição da maneira mais feliz, para o que não terá sido alheia a dificuldade resultante da sua rejeição do interesse como conceito unificador do seguro. Na concepção do sinistro como um dano aproximava-se dos cultores da nova teoria indemnizatória. Simplesmente, dispensava a natureza propriamente indemnizatória da prestação. Aliás, o autor rejeitou expressamente, quer a teoria da necessidade, quer a teoria indemnizatória, esta última mesmo quanto aos seguros de danos (*Schw. PVR*, pp. 35 e 284-285). Mas não deixava de ver em todo o seguro – de danos e de capitais – uma função que denominava «paliativa». Segundo o autor, ponto de partida de todos os seguros seria um desejo de segurança, uma necessidade de segurança na adversidade. O seguro não preveniria os problemas, mas minoraria as suas consequências nefastas, daí a sua função «paliativa» (p. 5). O autor colocou antes o acento tónico do seguro na estipulação do dano como um pressuposto da exigibilidade da prestação, negando a essencialidade do princípio da proibição do enriquecimento. Sobre este, cfr. *infra* o texto a partir da n. 600. Negou também que o interesse fosse objecto ou sequer elemento do seguro. Paradoxalmente, socorria-se da ideia do interesse económico existente no seguro para o distinguir do jogo, afirmando todavia que este seria apenas relevante enquanto motivo (*Gegenstand*, p. 102).

da teoria indemnizatória ou da teoria da necessidade eventual se apliquem a ambas: a abstracção é, em grande medida, a mesma, independentemente de se recorrer ao conceito de necessidade ou ao conceito de dano.⁵⁵⁶ Ambas as doutrinas enfrentam dificuldades, sobretudo, no domínio dos seguros de capitais.⁵⁵⁷ Já vimos que, confrontados com o problema de, na altura do pagamento do capital seguro, em certos casos concretos o sinistro, pura e simplesmente, não dar azo a qualquer dano nem fazer surgir qualquer necessidade, mesmo utilizando os termos em sentido objectivo, alguns autores avançaram com a ideia de exigência de uma necessidade ou dano concretos nos seguros de danos e de uma necessidade ou dano abstractos nos seguros de capitais. Critica-se-lhes o socorrerem-se de uma abstracção como função típica do seguro e aponta-se-lhes que só nesse elevado grau de abstracção aparentam resolver o problema, mas que, na realidade, os conceitos, na sua versão abstracta, são em si mesmos uma antinomia.⁵⁵⁸

A estas teorias, que propugnam uma «função unitária» do contrato de seguro, opõem-se as teorias dualistas, que rejeitam a existência de um conceito unificador de todos os contratos de seguro e se resignam, na falta de algo que os unifique, a tratar separadamente as categorias dos seguros de danos e os seguros de capitais.⁵⁵⁹

556 Neste sentido, J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 78-79; e DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 38-40.

557 Neste sentido, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3.

558 Nesse sentido, WERBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 4. É também este o principal problema destas teorias, no entender de um dos seus principais críticos, SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, pp. 493 e 501-502. O autor criticou veementemente o recurso às noções típicas ou abstractas de necessidade ou de dano, as quais, no seu entender, seriam verdadeiros «desconceitos» (*Unbegriffen*). Outro problema que apontou, que analisarei mais à frente, estaria na substituição da necessidade ou dano do segurado pela necessidade ou dano de um terceiro, no seguro de vida em caso de morte, o que impediria um conceito unitário de necessidade ou de dano. O autor tomou em conta a total liberdade do tomador em atribuir o benefício do seguro a instituições religiosas, científicas, etc., que podiam até ter uma necessidade premente de dinheiro, mas nada sofreriam com a sua morte, e que podiam ser beneficiadas mesmo em detrimento, designadamente, dos próprios familiares do tomador, que poderiam ficar extremamente necessitados em resultado da sua morte. O autor acabaria por concluir que a necessidade seria sempre do tomador. DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 38-40, subscreve as críticas de SCHMIDT-RIMPLER. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 587. Sobre a titularidade do interesse seguro, cfr. ainda *infra* o texto a partir da n. 2133.

559 Na Alemanha, cfr. EHRENBERG, *VR I*, pp. 60-61; e *PIR*, pp. 3 e 10-12. O autor afirmava, todavia, que a circunstância de os seguros de danos e de capitais corresponderem a dois tipos contratuais distintos não impedia que se procurasse encontrar uma definição unitária de contrato de seguro, estabelecendo o paralelo com o contrato de locação. Posição mais radical era a de EHRENZWEIG, *DÖVVR*, pp. 56-57. Veja-se ainda J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 78-79. Mais recentemente, WERBER/WINTER, *Grundzüge*, pp. 3 e 45-46; e ESSER/WEYERS, *Schuldrecht II-I*, p. 383. Em Itália, são aparentemente defensores da teoria dualista o «novo» DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 101-103 (aparentemente: depois defendem a teoria da necessidade eventual a pp. 105-106). Note-se que, pelo menos na doutrina germânica, mesmo entre os partidários das teorias monistas se encontra quem defenda a inaplicabilidade do requisito do interesse, em sentido técnico, aos seguros de capitais. As duas ideias não andam necessariamente lado a lado. Cfr., para dois exemplos, o próprio BRUCK, *PIR*,

«A importância de distinguir o interesse seguro do interesse *no* seguro verifica-se observando que, confundindo-os, vem a conceber-se – com a teoria indemnizatória – o contrato de modo unitário com base num interesse seguro abstracto e genérico, abrangendo todos os seguros de vida, como se a vida fosse redutível à categoria do interesse; e a perder de vista a intrínseca diversidade dos riscos nos dois tipos, bem como à sua disciplina divergente.»⁵⁶⁰

Esta doutrina tem sido maioritária em Portugal.⁵⁶¹

Note-se, em apoio das teorias dualistas, que a generalidade das legislações regula separadamente seguros de danos e seguros de capitais, de certa forma parecendo

pp. 52-53 e 65; e, mais recentemente, HOFMANN, *PVR*, pp. 7 e 189. Por último, como veremos, há ainda quem negue a essencialidade do carácter indemnizatório dos seguros de coisas. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 607.

560 SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 58. O autor considera que o contrato de seguro é antes um «género», pois entende que o que o unifica é a estrutura e não a função (pp. 69 e 77-78). Dentro desse género encontra vários tipos: seguros de danos em coisas, dentro dos quais situa o de coisas determinadas e o de patrimónios, seguros de danos em pessoas, seguros de vida, e seguros de situações de emergência, cada um deles com a sua função típica. No que respeita à estrutura unitária do seguro, o autor entende que esta se encontra nas várias figuras de «prestação de garantia». Cfr. o seu *Assicurazione*, pp. 339-342. Sobre esta «prestação de garantia», cfr. *infra* o texto a partir da n. 1177.

561 Entre nós, parece ser essa a posição de CALVÃO DA SILVA, *BBS*, p. 20. Paradigmaticamente, e com referências terminológicas e classificações dogmáticas que, como veremos já de seguida, não acompanho, o autor refere-se à «aplicação de poupanças em pagamentos de *prémios de seguros*, para fazer frente a necessidades futuras (seguros de vida) ou a danos futuros (seguros não vida = seguros de danos e seguros de responsabilidade civil)». Para além de CALVÃO DA SILVA, cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 125-132. Mais recentemente, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 565, critica as teorias que pretendem tratar unitariamente o seguro e renuncia a uma função monista do contrato de seguro. VELOSO, *Risco*, pp. 338-347, *maxime* p. 343, afirma que o risco seria o único conceito generalizável nos seguros, limitando-se o interesse aos seguros de danos, embora lhe reconheça alguma importância, entre outras coisas, para distinguir entre seguros por conta própria e por conta de outrem. E VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 145-151; e *Elementos*, pp. 508-510. Veja-se ainda CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 500, 512-522, 526 e 603. O autor defendia a função indemnizatória nos seguros de coisas e a função de previdência contra necessidades eventuais no seguro de vida. Explicava que, enquanto a função indemnizatória nos seguros de coisas seria essencial, a função de previdência contra necessidades eventuais seria apenas natural no seguro de vida, que poderia ser celebrado por outros motivos. Todavia, falava depois do interesse do segurado na conservação da vida da pessoa cuja vida se segura, sem a qual o seguro seria nulo. ROMANO MARTINEZ, *Relatório*, pp. 11-12, 68, 96 e 101-102, entende que o contrato de seguro tem «duas finalidades primordiais: indemnizar danos suportados numa esfera jurídica» e «pagar valores em razão de determinados eventos» (p. 11) ou «a supressão de necessidades» (p. 96). Sustenta, no entanto, que, nos seguros de capitais, «perante a dificuldade de cálculo do dano, presume-se que corresponde à soma segurada, não sendo necessária a prova de efectivos prejuízos» (p. 68). Cfr. ainda *Apontamentos*, pp. 55-56 e 101-105; e *Âmbito*, p. 157. Estes dois últimos autores, embora reconheçam ao interesse um papel em todo o direito dos seguros, rejeitam a ideia de uma função unitária do contrato de seguro. Já MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 147-151, refere-se ao interesse unicamente nos seguros contra danos, sustentando que estes só seriam válidos quando o segurado tenha interesse na não verificação do risco.

confirmar a *summa divisio*, embora nem sempre sob esta designação. Todavia, estas partes especiais costumam ser precedidas de uma parte geral, de aplicação genérica a todos os contratos de seguro, o que parece suportar as teorias monistas sobre a «função do seguro».

Abramos um parêntese para reflectir um pouco sobre estas divisões legais. A lei do contrato de seguro alemã dividia os seguros, literalmente, em seguros de danos e seguros de pessoas⁵⁶² – como o faz agora, infelizmente, a nossa própria Lei do Contrato de

562 A lei do contrato de seguro alemã datava de 30.05.1908. Cfr. o § 1 I VVG: «Nos seguros de danos, o segurador é obrigado, após a ocorrência do sinistro, a indemnizar o tomador pelos danos patrimoniais por aquele causados, conforme estipulado no contrato. Nos seguros de vida e de acidentes pessoais, bem como noutras modalidades de seguros de pessoas, o segurador é obrigado, após a ocorrência do sinistro, a pagar a quantia acordada em capital ou renda, ou a realizar a prestação acordada.» Após a parte geral (§§ 1-48) tratavam-se, separadamente, os regimes dos seguros de danos (§§ 49-158o) e dos seguros de vida, de saúde e de acidentes pessoais (§§ 159-185). Cfr. os *Motive* da VVG, pp. 70-72. Actualmente, temos no § 1 VVG 2008: «O segurador obriga-se, com o contrato de seguro, a cobrir um risco determinado do tomador ou de um terceiro através de uma prestação que deve realizar em caso de ocorrência do sinistro acordado. O tomador é obrigado a realizar o pagamento acordado (prémio).» O problema foi, finalmente, resolvido. Já não se apresenta uma visão dualista dos seguros nem se faz qualquer referência a classes específicas de seguros. No que respeita à sistematização: dentro da parte geral (§§ 1-99) existe um primeiro capítulo com os preceitos aplicáveis a todos os seguros (§§ 1-73) e um segundo dedicado apenas aos seguros de danos (§§ 74-99); dentro destes há uma primeira secção com os preceitos aplicáveis a todos os seguros de danos (§§ 74-87) e uma segunda secção dedicada aos seguros de coisas (§§ 88-99); temos depois a parte especial (§§ 100-208) e as disposições finais (§§ 209-215). Na Suíça, na reforma em curso no regime jurídico do contrato de seguro, o anteprojecto apresentou seguiu este mesmo caminho. Cfr. WEBER, *Koordination*, p. 104. Sobre a reforma em curso, cfr. ainda SCHNYDER, *Total Revision*, pp. 13-30. O anteprojecto em causa data de 31.07.2006. Espera-se que a nova lei venha a entrar em vigor em 01.01.2010 (p. 23). Finalmente, veja-se a sistematização dos ainda inacabados PEICL, que se encontram divididos em três partes, contendo a primeira as disposições aplicáveis à generalidade dos contratos de seguro, estabelecendo a segunda o regime dos seguros de danos, e regulando a terceira os seguros de capitais (esta última resume-se, nesta fase, a pouco mais do que a uma intenção).

Seguro.⁵⁶³ Esta divisão foi desde cedo amplamente criticada.⁵⁶⁴ A primeira voz crítica da distinção é mesmo anterior à sua consagração legal.⁵⁶⁵ Algumas décadas depois, esclarecia-se que não devem contrapor-se os seguros de danos aos seguros de pessoas, dado corresponderem a classificações distintas das formas de seguro:⁵⁶⁶ numa classificação relativa ao conteúdo, e mais precisamente aos limites da prestação do segurador, passou a distinguir-se seguros de danos e seguros de capitais e, noutra classificação, relativa ao objecto do risco, a distinguir-se, por exemplo, seguros de coisas,

563 A dicotomia não é patente no art. 1.º LCS, mas apenas na sistematização do diploma: depois do Título I (Regime Comum: arts. 1.º a 122.º), temos um Título II (Seguros de Danos: arts. 123.º a 174.º) e um Título III (Seguros de Pessoas: arts. 175.º a 217.º). A imprecisão dogmática desta subdivisão não seria, apesar de tudo, problemática, não fora a sua susceptibilidade de inquinar a regulação dos respectivos regimes legais. Com efeito, poderia dar-se o caso de a categoria dos seguros de danos coincidir, no seu conteúdo, com a categoria dos seguros de bens não pessoais, coincidindo a categoria dos seguros de capitais com a dos seguros de pessoas. Mas não é assim, como decorre, desde logo, do disposto nos arts. 175.º/2 e 180.º/2 LCS. Verifica-se que, na sua quase totalidade, não obstante as epígrafes que ora constam dos respectivos títulos, os preceitos que neles se inserem correspondem, *grosso modo*, a uma subdivisão em função do objecto sobre o qual incide o risco, o que significa que os preceitos que deveriam regular os seguros de danos regulam, na sua maioria, os seguros de bens não pessoais. Apenas os preceitos relativos ao princípio indemnizatório respeitam à categoria dos seguros de danos, o que significa que teriam pleno cabimento rearrumados na parte geral, na medida em que em caso algum se justifica vedar às partes a possibilidade de contratação de seguros de danos, como o demonstra, aliás, o disposto nos arts. 175.º/2 e 180.º/2 LCS.

564 O mesmo não se passou, no entanto, com a doutrina de expressão francófona, no seio da qual esta classificação goza ainda de aceitação generalizada. Não se fazem ainda sentir vozes críticas da posição tradicional, que encontra um dos seus expoentes em PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 30. FONTAINE, *Assurances*, pp. 61 e 122, mostra-se marcadamente favorável à distinção entre *assurances de dommages* e *assurances de personnes*, consoante o evento incerto cause um dano ao património de uma pessoa ou afecte a vida, a integridade física ou a situação patrimonial de uma pessoa, dizendo que a interligação entre esta distinção e a distinção entre *assurances à caractère indemnitaire* e *assurances à caractère forfaitaire* desempenha um papel central no direito contratual dos seguros belga, dado que é o fio condutor e fornece a chave de leitura da LCSbe. Esta lei tem uma parte geral seguida de partes especiais sobre cada uma destas quatro categorias de seguros: parte geral (arts. 4-36); seguros indemnizatórios (arts. 37-47); seguros de capitais (arts. 48-50); seguros de danos (arts. 51-93); seguros de pessoas (arts. 94-138). Não digo que esta regulação não faça sentido. Os nomes das categorias reguladas é que não serão os mais apropriados.

565 Cfr. EHRENBERG, *VR I* (1893), p. 13 n. 28.

566 J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 97-105. O autor criticava BRUCK, *PVR*, p. 65, pela sua distinção entre *Interessenversicherungen* e *Personenversicherungen*. No mesmo sentido crítico, veja-se, por exemplo, RICHTER, *PVR*, p. 56; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 89; GÄRTNER, *Bereicherungsverbot*, p. 141; MÖLLER, *VVR*, pp. 30-32; e em BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» pp. 2-3 m. 2; DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 71-72; DEUTSCH, *VVR*, pp. 15-16; SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 179; RÖMER em RÖMER/LANGHEID, *VVG*, § 1 pp. 108-109 mm. 3-5; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 81 m. 27; e BK/SCHWINTOWSKI, § 1 p. 59 m. 52. BK/DÖRNER, «Einleitung» p. 10 m. 23, por exemplo, refere-se a uma «construção conceptual sistematicamente errada do legislador histórico». Note-se que esta questão não é de mera semântica. A deficiente sistematização da lei alemã deu azo a algumas dificuldades práticas. Pense-se no exemplo dos seguros de saúde, que muitas vezes comportam uma vertente de seguros de danos e uma vertente de seguros de capitais. Neste sentido, PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 178a p. 957 m. 1. Na vigência da lei anterior, era pacífico que aos seguros de saúde, pelo menos no que respeita à sua vertente de reembolso de despesas, deveria aplicar-se a

de responsabilidades e de pessoas, esclarecendo-se que a estes últimos poderiam corresponder prestações indemnizatórias ou de capitais.⁵⁶⁷

Note-se que esta última classificação não goza de unanimidade na doutrina, que só converge na separação entre seguros de pessoas (*Personenversicherung*) e de «não-pessoas» ou «não de pessoas» (*Nichtpersonenversicherung*),⁵⁶⁸ divergindo embora no que respeita às subdivisões a introduzir neste último em razão do objecto. É hoje pacífico, no seio da doutrina germânica, que a correcta *summa divisio* dos seguros deve fazer-se entre seguros de danos e seguros de capitais.⁵⁶⁹

Acompanho a crítica e por isso adopto, para me referir a esta dicotomia, as expressões de inspiração germânica «seguros de danos» e «seguros de capitais».⁵⁷⁰ Por outro lado,

generalidade das disposições próprias dos seguros de danos (os §§ 49-80 VVG). Mas nem todas. A sua aplicabilidade era pacificamente afastada, por exemplo, no caso da sub-rogação do segurador nos direitos do segurado contra terceiros (§ 67 VVG). Sobre isto, cfr., por exemplo, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 89. Em Itália, as mesmas críticas apareciam já em GASPERONI, *Assicurazione*, pp. 34-35. BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 452-454, sustentava que mesmo nos seguros de pessoas haveria danos que carecem de avaliação, dando como exemplos as despesas de funeral, de saúde e matrimoniais. E também se ouvem algumas vozes críticas em Portugal. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 306-307 n. 5, aponta que há cobertura de algumas despesas nos seguros de pessoas, pelo que não estaria inteiramente correcto contrapô-los aos seguros de danos. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 37-40 e 145-151, prefere a distinção entre seguros de prestações indemnizatórias e seguros de prestações convencionadas. Adopta, portanto, uma terminologia de inspiração anglo-americana, ou porventura francesa, mas a distinção é a mesma que, na doutrina germânica, se faz entre seguros de danos e seguros de capitais. E parece acertada. Cfr. ainda as observações críticas de ROMANO MARTINEZ, *Relatório*, pp. 11-12, 68, 96 e 101-102; e *Apointamentos*, pp. 65-66; e de J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, p. 48. No entanto, como vimos, não foi esse o caminho seguido pela Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (criada pelo Despacho n.º 22.409/2006, de 22 de Setembro, do Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças) que esteve na origem da LCS.

567 J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 97-105.

568 Veja-se, por exemplo, REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2372; MÖLLER, *Interesse*, p. 132; RICHTER, *PIR*, pp. 54-55; e KRAUSE, *Begriff*, p. 59. No artigo de MÖLLER, publicado em italiano, a expressão usada para fazer referência a esta categoria foi *assicurazioni non di persone*.

569 Afirmando a unanimidade da doutrina quanto a este ponto, cfr. BK/DÖRNER, «Einleitung» p. 10 m. 23. Cfr. ainda REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2372. Em Itália, veja-se o caso de FANELLI, *Infortuni*, pp. 97-102, que rejeitara a unidade de todas as formas de seguro mas entendia que apenas o seguro de vida e, dentro deste, apenas a prestação devida em caso de morte poderia qualificar-se como um puro seguro de capitais, todas as restantes classes de seguro sendo remetidas para o domínio dos seguros de danos, com excepção do seguro de acidentes pessoais, que seria em seu entender um contrato misto, dado que seria um seguro de capitais quanto à prestação devida em caso de acidente mortal e um seguro de danos quanto à prestação devida em caso de acidente não mortal. Sobre esta posição, cfr. MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 284-285.

570 Nos países de expressão francesa distinguem-se os *assurances à caractère indemnitaire* e os *assurances à caractère forfaitaire*. FONTAINE, *Assurances*, pp. 61 e 121, afirma todavia, e com razão, que esta última designação é infeliz, porque a liquidação antecipada – *forfaitaire* – pode corresponder (ou não) à fixação de uma indemnização. Em Inglaterra, é também comum distinguir-se os contratos de seguro entre *indemnity* e *non-indemnity* ou *contingency*. Cfr. HODGIN, *Problems*, pp. 14-20. Cfr. ainda LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. i (*Summary* § 1.4) e p. 3 (§§ 1.14 a 1.18). No Canadá, a divisão é a

sempre que necessário, contraporei aos «seguros de pessoas», no sentido que lhe é dado, designadamente, pela nossa lei, os «seguros sobre bens não pessoais», onde se incluem os seguros sobre a totalidade ou sobre elementos específicos de um dado património – onde sobrelevam os seguros de coisas.⁵⁷¹ Mas com o alerta de que os seguros sobre bens não pessoais não poderão organizar-se em categorias justapostas e, no seu conjunto, omnicomprensivas, como pretendem os autores que os subdividem entre *Aktiven-* e *Passivenversicherung*, porque também estes seguros de pessoas são, no todo ou pelo menos indiscutivelmente em parte, *Passivenversicherung* (na medida em que se destinem a fazer face a desvantagens patrimoniais).⁵⁷² Na sequência deste alerta, tem especial importância a conclusão, a que chega alguma doutrina, de que só os seguros de danos, e não os de não-pessoas, ou de bens não pessoais, podem subdividir-se consoante respeitem a activos ou a um passivo.⁵⁷³

Note-se que poderá fugir-se a este problema, organizando-se de um modo ligeiramente diferente a classificação, contrapondo, de forma plenamente dicotómica e omnicomprensiva, os seguros de coisas aos seguros de pessoas, mas incluindo nestes

mesma. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 39 e 43. Nos EUA, não há tradição na utilização desta classificação, com esta ou outra designação. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 28-29. Note-se, de passagem, que, de uma forma geral, podemos dizer que o termo *indemnity* não tem exactamente o mesmo significado que o termo «indemnização» que, em grande parte dos casos, se traduz mais exactamente por *compensation*. No domínio dos seguros, contudo, não se encontram diferenças significativas entre os termos.

571 FONTAINE, *Assurances*, pp. 381 e 454-457, subdivide-os em seguros de coisas, de responsabilidades e de despesas. Mas entende que ao conjunto dos três corresponde a categoria dos seguros de danos.

572 Sobre estas distinções, veja-se ainda MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 285-287, que, depois de mostrar as divergências entre os domínios dos seguros de capitais e dos seguros de pessoas, observando que os últimos podiam também conter elementos de seguros de danos, dividiu estes últimos em seguros de activos e de passivos. Subdividiu, por sua vez, os seguros de activos em seguros de coisas, de direitos, e de expectativas de lucro – subdivisão que se apresenta, naturalmente, algo problemática, sobretudo na oposição que faz entre (i) coisas e (ii) direitos e expectativas – e os seguros de passivos em seguros de reembolso de despesas, entre os quais incluía os elementos acima referidos dos seguros de pessoas que qualificava como seguros de danos, e seguros de responsabilidade civil. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 103 mm. 20-22: divisão em *Personen- und Nichtpersonenversicherung*. SIEG, *AVVR*, pp. 41-43, distingue os seguros em função do tipo de necessidades – necessidades concretas nos seguros de danos e necessidades abstractas nos seguros de capitais – e em função do tipo de risco – seguros de pessoas e de bens não pessoais.

573 Neste sentido, REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2372; e KRAUSE, *Begriff*, p. 61. Por sua vez, KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 51» pp. 507-508 mm. 4-6, rejeita a bipartição dos seguros de danos em *Aktiven-* e *Passivenversicherung*. O autor sustenta que os seguros de danos devem antes distinguir-se entre os seguros com um especial objecto de protecção (*mit speziellen Schutzobjekt*) e seguros sem um especial objecto de protecção (*ohne spezielles Schutzobjekt*). Nestes últimos situa os seguros de um dado património, globalmente considerado, em que insere, não apenas os seguros contra despesas inesperadas, como os seguros contra perdas inesperadas de receitas. Insurge-se em especial contra a bipartição do seguro de valor em novo, que para certos autores teria de dividir-se, uma parte correspondendo a um seguro de activo e outra parte a um seguro de passivo.

últimos, não apenas as classes nestes habitualmente arrumadas, em que o sinistro se prende com a vida ou integridade física das pessoas seguras, mas ainda os seguros de responsabilidade civil, e todos aqueles seguros cuja cobertura se define, não a partir de uma coisa, mas a partir de uma pessoa.⁵⁷⁴ Ou seja, esta classificação não partiria do critério do objecto sobre que incide o risco mas sim do critério do objecto a partir do qual se define a cobertura.⁵⁷⁵

Fechado o parêntese, regressemos às discussões relativas à existência ou inexistência de uma «função do seguro». Para além da resignação de alguns ao tratamento dualista de seguros de danos e de capitais, foram aparecendo alguns desenvolvimentos que procuraram fazer reviver, sob novas vestes, as clássicas teorias indemnizatória e da necessidade eventual. Alguns deles são por vezes tratados, julgo que acertadamente, como meras reformulações da teoria da necessidade eventual. Começando pelos menos recentes, afirma-se, designadamente, que a «teoria da transferência do risco»⁵⁷⁶ não vem acrescentar nada de novo, porque em si mesma considerada não nos diz absolutamente nada: se por risco se entende a possibilidade de um evento danoso, temos a teoria indemnizatória; se a possibilidade de um evento causador de uma necessidade, temos a teoria da necessidade. Nota-se ainda que, em rigor, o risco não pode ser transferido, porque não é algo realmente existente mas sim um juízo. A situação julgada arriscada

574 Não foi essa a opção do nosso legislador. A categoria dos «seguros de pessoas» não inclui, para a nossa lei, os seguros de responsabilidade civil, que se encontram arrumados, sistematicamente, no Título II e não no Título III da LCS. Cfr. ainda o art. 175.º/1 LCS.

575 Sobre esta classificação, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2234. Veremos então que, sobretudo nos seguros de grupo, esta outra classificação tem alguma correspondência na terminologia usada na indústria seguradora, que em todos estes casos costuma chamar aos membros do grupo «pessoas seguras». Note-se, ainda, que esta classificação permite evitar a conclusão de que os seguros de saúde e de acidentes pessoais seriam, na verdade, seguros de património e não seguros de pessoas, na parte – por vezes muito significativa – relacionada com o pagamento de despesas. A esta conclusão chegam DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 149. Cfr. ainda DONATI, *Trattato II*, p. 203. O autor reconhece que, num certo sentido, todos os seguros – mesmo os de pessoas – teriam a função de proteger o património. Este é apenas um exemplo da reduzida utilidade prática da classificação, traçada nos moldes tradicionais, que distingue seguros de pessoas, de coisas e de património.

576 Teoria da autoria de SALANDRA, *Assicurazione* (1966), pp. 186-188, que identificava a transferência do risco como o «objecto» do contrato de seguro. Esta sua teoria não foi, todavia, apresentada pelo autor como uma alternativa à teoria da necessidade eventual. O autor caracterizava a «causa» do contrato de seguro recorrendo à ideia de previdência e a «função social» do seguro como a eliminação de uma álea económica (pp. 181-183 e 185-186). A teoria da transferência do risco foi seguida, designadamente, por GASPERONI, *Contratto di Assicurazione*, p. 587. Em Portugal, é defendida por MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 10-18, para quem consistiria numa formulação mais precisa da teoria da necessidade eventual. Mas o autor não esclarece em que se traduziria esse acréscimo de precisão. Partidária desta teoria é ainda, entre nós, RITA FERREIRA DA SILVA, *Resp. Civil Geral*, p. 76.

permanece sempre na titularidade do segurado: o contrato de seguro limita-se a estipular um remédio económico para a sua verificação.⁵⁷⁷ Com efeito, conforme o entendimento antes exposto, o conceito de risco inclui em si mesmo o de necessidade e o de possibilidade, por conseguinte, de facto, nada se acrescenta, a não ser porventura a ideia de transferência, a qual, como também já foi referido, não é uma ideia rigorosa, mas apenas uma metáfora.

Na Alemanha, tem ainda grande peso, nos seus diversos matizes, a teoria da segurança no plano (*Plansicherungstheorie*).⁵⁷⁸ Esta teoria caracteriza a função unitária do contrato de seguro como uma função de compensação ou reintegração dos efeitos de uma perturbação do plano económico do segurado, provocada pela ocorrência de factos incertos. Segurar-se-ia a discrepância entre os dados reais e os dados previstos no plano. A autoria da teoria da segurança no plano é comumente atribuída ao economista PAUL BRAEß.⁵⁷⁹ BRAEß parte de uma crítica ao carácter predominantemente estático das anteriores concepções e pretende substituí-las pelo que entende ser uma concepção dinâmica da função do seguro. Mas posições semelhantes foram expressas, mais ou menos pela mesma altura, por autores como o economista WERNER MAHR:

«O seguro garante a exequibilidade de um plano económico, na medida em que (a) procura compensar uma alteração desfavorável dos dados do plano no decurso da sua realização. Compensa: (1) falhas no fluxo de fundos (...) (2) despesas inesperadas (...) (3) diminuições patrimoniais (...). (b) garante a realização de um plano de poupança de longo prazo apesar da incerteza relativa à duração da vida individual».⁵⁸⁰

577 SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 27; e ainda VELOSO, *Risco*, pp. 282-285. Sobre o risco como um juízo, cfr. *supra* o texto a partir da n. 151.

578 Nome atribuído por JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3. Não muito longe desta teoria temos, entre nós, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 233-237. Este autor, não rejeitando a validade do conceito de interesse como elemento unificador de todo o contrato de seguro, prefere no entanto substituí-lo pelo conceito de fim. O autor entende que a referência ao interesse constituiu um progresso relativamente à referência à própria coisa, e que, do mesmo modo, a referência ao fim representa novo progresso relativamente à de interesse. Para a tese finalista, a essência do dano «é a diminuição do auxílio, efectiva ou potencialmente necessário, que nos é devido ou pode ser prestado pelos outros homens ou podemos extrair de nós próprios ou das coisas com o objectivo de prosseguirmos os nossos fins». Essa «diminuição do auxílio» frustraria os nossos fins, a menos que recebêssemos novo auxílio, desta feita sob as vestes de uma indemnização de seguro – esta é encarada pelo autor como instrumento para a realização de um fim.

579 BRAEß, *Elemente* (1970), pp. 1-15.

580 MAHR, *Einführung* (1970), p. 73. Cfr. ainda a teoria da protecção de seguro de FARNY, *Kostentheorie* (1965), pp. 7-8. O autor começa por dizer que o produto de seguro não pode corresponder à

O autor observa que, neste último caso, o poupador não sabe se, até ao momento da sua morte, da sua reforma, ou do casamento da sua filha, irá conseguir juntar o suficiente para fazer face às despesas que acompanham esses eventos (as suas despesas ou as dos seus). Pelo que, num caso como no outro, a função do seguro seria garantir que, falhando o seu plano económico – o «Plano A» – entraria em acção o seguro – correspondente ao «Plano B». A teoria da segurança no plano, nos seus diversos matizes, funda as suas raízes na seguinte afirmação do economista WALTER EUCKEN:

«O risco não é – como se julga – um "factor de produção". Tão-pouco é um dado ou uma regra da experiência. *Consiste antes na distância entre os dados do plano e os dados reais.*»⁵⁸¹

Note-se que é o risco – e não o seguro ou a sua «função» – que é aqui definido. Por outras palavras, onde se diz que se segura a discrepância entre os dados reais e os dados previstos no plano, poderia igualmente dizer-se que se segura o risco, ou seja, que a unidade em todo o contrato de seguro está no conceito de risco. Sendo certo que, para os dados se encontrarem previstos num plano, terão necessariamente de ter um qualquer impacto na vida do autor desse plano – o interessado.

Em termos muito semelhantes, esta teoria fora já desenvolvida pelo jurista alemão SCHMIDT-RIMPLER, sob a designação de teoria da conservação do património

prestação do segurador porque, nesse caso, sempre que o sinistro não tivesse lugar, o que o segurador disponibilizaria ao tomador não seria coisa alguma. Diferentemente, o produto que o segurador forneceria ao tomador seria uma promessa abstracta de protecção de seguro: a prontidão constante para entrar em acção na eventualidade de ocorrência do sinistro.

581 EUCKEN, *Grundlagen* (1939), p. 141. A sua definição de risco aparece posteriormente noutras obras da especialidade, como a do economista MAHR, *Einführung*, pp. 19-21. REIMER SCHMIDT, *Begriff*, c. 245, ao expor a teoria da necessidade, definia a necessidade – e não o risco – como «discrepância entre os dados do plano e os dados reais», citando directamente EUCKEN. BRAEß, *Elemente*, p. 7 n. 17; e SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 502, traçavam ambos a origem desta noção até EUCKEN. SCHMIDT-RIMPLER esclarecia ainda que a distância, ou discrepância, não definiria a própria necessidade, mas antes o que lhe daria origem. Cfr. ainda KOLLER, *Risikozurechnung*, pp. 1 n. 1 e 20-21, que, na senda de SCHMIDT-RIMPLER, parte da definição de risco de EUCKEN. Concebe a actividade de contratar como parte do plano, de cada contraente, de proteger ou garantir a satisfação de necessidades, plano esse que no entanto se delinea num contexto de incerteza relativamente ao futuro, ou seja, de incerteza sobre se os dados planeados corresponderão aos dados factuais, o que está na origem do risco associado à contratação, a saber, o risco de tomada de uma má decisão (*Feblenscheidung*). Cfr. ainda HENSSLER, *Risiko*, p. 3, que também descreve o risco, genericamente, como «perigo de um desenvolvimento desconforme ao plano» (p. 3) e, conseqüentemente, como perigo «de uma má decisão individual» (p. 12). Mas acrescenta que esta definição de risco são demasiado vagas para que possam ser-lhe imputadas consequências jurídicas. Para os efeitos do seu estudo, o autor distingue os riscos em previsíveis e imprevisíveis aquando da contratação (p. 731).

(*Vermögensgestaltungstheorie*). Segundo este autor, as pessoas teriam como fim a conservação do seu património. Conscientes de que esse fim pode não se realizar, caso venham a ocorrer determinados eventos – todavia incertos –, procuram obter a segurança patrimonial em troca do pagamento de uma quantia certa, menor do que a que seria necessária para fazer face às consequências da ocorrência de tais eventos.⁵⁸² Assim distingue o seguro, funcionalmente, do jogo.

«Quem administra um património fixa determinados objectivos económicos, que procura atingir de um certo modo. Chamei-lhes "objectivos de formação do património" e encontrei o sentido do seguro na circunstância de o segurador garantir, com a sua prestação, que estes objectivos se atingem».⁵⁸³

As suas ideias tiveram – e ainda têm – grande aceitação nas doutrinas de expressão alemã.⁵⁸⁴ Segundo os seus cultores, esta teoria permitiria explicar algumas questões que as anteriores teorias teriam tido dificuldade em ultrapassar. Nos seguros de danos, explicaria, designadamente, a possibilidade de contratar o chamado seguro de valor em novo.⁵⁸⁵ No seguro de vida inteira, em vez de se atender a uma necessidade de um terceiro, continuaria a relevar um propósito do próprio tomador:

582 Cfr. ainda KIMBALL, *Public Policy*, p. 3, que comentava que muitas instituições sociais viram a luz do dia em resultado dos esforços da humanidade em substituir os elementos aleatórios da vida por algum grau de certeza. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3, afirma que é óbvio que o seguro tem uma função de previdência. A questão estaria em saber em que consiste essa função. Já LENNÉ, *VFR*, p. 13, notava que a palavra alemã para «seguro» (*Versicherung*) já contém em si a ideia de previdência (*Sicherung*). A ideia de protecção de um bem jurídico em risco. Em português, também é óbvia a ligação entre os termos «seguro» e «segurança».

583 SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff* (1963), p. 493.

584 Cfr. DEUTSCH, *VVR*, pp. 8-9; HOFMANN, *PVR*, p. 7; DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 40-46, 50-51 e 57-59. Já JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3; KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 51» p. 506 m. 1; e KRAUSE, *Begriff*, pp. 143-149 e 347, optam por uma adesão directa à *Plansicherungstheorie* de BRAESS. JABORNEGG, *Wesen*, p. 562, afirma que a teoria da segurança no plano goza actualmente da adesão da doutrina dominante na Áustria.

585 SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 494, observava que o seguro permitia a obtenção de uma coisa com uma função equivalente à coisa perdida no património do segurado: mais do que a entrega de um valor equivalente ao da coisa perdida, importava disponibilizar algo que desempenhasse a mesma função, pois só assim o segurado continuaria a poder implementar o seu plano. Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3. Sobre o seguro de valor em novo, cfr. SIEG, *Neuwertversicherung*, pp. 643-655; e o texto *infra* a seguir à n. 630. SIEG nota que, no seguro de valor em novo, pode segurar-se uma coisa por valor superior, não apenas ao que a coisa tem à data do sinistro, mas até mesmo ao que ela tem no próprio momento da contratação (p. 643). Entre nós, cfr. MOUZINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 160-162.

«As pessoas fixam o objectivo de aumentar o seu património numa dada medida, durante a sua vida, abstendo-se de consumir os seus rendimentos, pondo-os de parte, acumulando-os, e desse modo atingem aos poucos o acréscimo de valor desejado. (...) Se morrerem demasiado cedo (...), frustra-se o objectivo, devido à morte prematura, mas, apesar desta, o objectivo pode ser alcançado graças ao seguro de vida em caso de morte».⁵⁸⁶ O mesmo raciocínio aplicaria o autor ao seguro de renda vitalícia: «O objectivo frustra-se, se a morte ocorre *demasiado tarde*».⁵⁸⁷

Esta teoria não é mais, aliás declaradamente, do que um desenvolvimento, ou aperfeiçoamento da teoria da necessidade eventual.⁵⁸⁸ Há até quem não ocupe demasiado tempo a distingui-las, parecendo admitir que a teoria da necessidade eventual e a teoria da segurança no plano, bem como a nova teoria indemnizatória, corresponderiam a formulações mais ou menos equivalentes de uma mesma ideia.⁵⁸⁹

Assim como a propósito das anteriores formulações, também acerca desta fazem ouvir-se algumas vozes críticas. Alguns autores consideram esta teoria irreal, com o argumento de

586 SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 495. Cfr. a sua crítica, quanto a este aspecto, às anteriores teorias, *supra* n. 558. Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 3.

587 SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 496. O autor aplicou às consequências de uma morte «tardia» o mesmo raciocínio muito mais cedo aplicado às consequências de uma morte prematura, designadamente, pelo austríaco STEINBACH, *Stellung* (1883), p. 26. Este autor observava que, nos seguros de vida em caso de morte, o perigo a que o seguro viria dar resposta seria o de uma morte prematura do segurado impedir a sua acumulação de um determinado pecúlio, que este pretenderia deixar aos seus entes queridos. Cfr., no mesmo sentido, FONTAINE, *Assurances*, pp. 106, 119, 124 e 375-377. O autor critica a doutrina de que, no seguro de vida em caso de morte, o interesse de seguro deverá encontrar-se na pessoa do beneficiário, e não na do tomador, bem como a lei que, em parte, a consagra. Com efeito, de acordo com a lei, nos seguros de capitais a exigência do interesse de seguro diria respeito à pessoa do beneficiário (art. 48) e nos seguros indemnizatórios o interesse de seguro seria do segurado (art. 37). Por isso, na definição do contrato de seguro, se diz que, consoante o caso, o interesse é do segurado ou do beneficiário. Afirma que não faz sentido colocar como condição essencial de validade de um contrato na esfera de um terceiro e que o legislador teria evitado este imbróglio se tivesse dado ao termo *assuré* o mesmo sentido de todas as vezes que o utilizasse. Sobre a titularidade do interesse de seguro, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2133.

588 JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 4. No mesmo sentido, RICHTER, *PVR*, p. 50. Reconheceu-o o próprio SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 501, ao afirmar que apenas se opõe à utilização de um conceito ambíguo como o de necessidade, ou de dano, sem mais, mas que de resto considerava a sua teoria como pertencente à família das teorias da necessidade ou mesmo da indemnização, que considerava essencialmente correctas, desde que os conceitos de dano e de necessidade fossem definidos conforme propunha – ou seja, não com o seu significado genérico mas com um significado específico de direito dos seguros.

589 Neste sentido, DEUTSCH, *VVR*, pp. 3-4 ; e JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 73 m. 5 (que falam indistintamente em dano, necessidade ou défice no plano).

que as pessoas normais não fazem planos económicos.⁵⁹⁰ Mas deverá ter-se em atenção que o próprio BRAEß esclareceu que somente no caso das empresas, e por vezes apenas das grandes empresas, poderíamos falar em verdadeiros planos económicos, referindo-se ele, nos restantes casos, a uma simples programação do futuro.⁵⁹¹ Critica-se ainda a teoria afirmando que não permite uma adequada distinção entre o contrato de seguro e o contrato de garantia autónoma.⁵⁹² Chegamos, neste ponto, aos entendimentos que, quer afastando, quer partindo do conceito de necessidade, o substituem ou lhe acrescentam outros elementos do contrato de seguro, que permitiriam distingui-lo, designadamente, do contrato de garantia autónoma. Vê-los-emos mais à frente.⁵⁹³ Importa todavia notar que, como veremos adiante, não era esse o objectivo que lhe fixava SCHMIDT-RIMPLER.⁵⁹⁴ Julgo que não é neste ponto que a teoria merecerá os maiores reparos. Encontro-lhe uma outra fragilidade, que nas próximas linhas procurarei expor.

Pense-se na figura da tontina, cuja criação, no séc. XVII, é atribuída ao napolitano LORENZO TONTI.⁵⁹⁵ A tontina é uma operação mediante a qual várias pessoas, da mesma idade ou de idades diferentes, entregam um determinado bem ou uma soma em dinheiro

590 SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 27.

591 BRAESS, *Elemente*, p. 9.

592 KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 pp. 205 e 210 mm. 6 e 25. O autor critica a teoria da conservação do património de SCHMIDT-RIMPLER, tal como desenvolvida por DREHER. Sobre a problemática da distinção entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, cfr. *infra* o texto junto à n. 1134.

593 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 716 e a partir da n. 1177.

594 SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 502.

595 Sobre as tontinas, veja-se HÉMAR, *Assurances Terrestres II*, pp. 547-576; e BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado III*, pp. 463-468. As tontinas podem ser praticadas em várias modalidades: o tontário pode ser um particular ou o Estado. A tontina pode ter duração indeterminada ou determinar a distribuição do pecúlio numa determinada data. Pode esperar-se até que só um sobreviva, ou dois, ou três, ou quatro. Pode alienar-se a favor da tontina o próprio capital inicial e/ou os rendimentos obtidos com o capital inicial. Mas a sua finalidade é sempre a de prover ao sustento daqueles que atingirem uma idade avançada. HÉMAR entendia que o contrato de tontina não era um seguro, antes correspondendo a uma operação de capitalização aleatória baseada na duração da vida humana. Só se transformaria em seguro se atribuísse aos seus associados um direito a uma quantia determinada. Entendia que deviam ser proibidas as operações de tontina, porque se trataria de um mecanismo anacrónico por comparação com os seguros de vida modernos, sem bases científicas, e sem qualquer garantia de um resultado determinado. Em suma, seriam um jogo. Observava que a interdição já ocorrera na Suíça, e já fora projectada em Itália. Veja-se, todavia, o disposto no art. 2.º/2/a) e no anexo I da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro, que, dentro dos seguros de vida, criam um ramo para as «operações de tontinas, que se traduzem na constituição de associações que reúnam aderentes com o objectivo de capitalizar em comum as suas quotizações e de repartir o capital assim constituído, quer entre os sobreviventes, quer entre os herdeiros dos falecidos». No mercado global de seguros, a tendência parece ir, de uma forma geral, no sentido da multiplicação de produtos disponíveis, ao ponto de se notar, por vezes, uma (re)aproximação ao jogo. Veja-se, em especial, o florescente mercado dos seguros de vida «em segunda mão». Cfr. *infra* n. 1672.

a um tontário, formando um pecúlio, convencionando-se que a parcela dos que forem morrendo acrescerá à dos sobreviventes. É uma associação de natureza particular, e com algumas variações, na qual, no momento da sua formação, e por efeito da convenção, todos os seus membros alienam o direito de propriedade sobre a sua parcela a favor do sobrevivente, reservando-se todos eles o direito de propriedade sobre a totalidade do pecúlio, em caso de sobrevivência aos demais. Até lá, podem ou não receber uma renda vitalícia correspondente à rentabilização desse capital. É inegável o elemento especulativo das tontinas. Em muitos aspectos, assemelham-se ao seguro de vida em caso de vida, em que os tomadores aspiram a ter feito um bom negócio, o que de certo modo só acontecerá se sobreviverem para além da esperança média de vida.⁵⁹⁶ Chamei-o à colação, neste contexto, porque julgo que esse elemento é ilustrativo de como, em muitos casos, o plano não é perturbado pela ocorrência do sinistro – muito pelo contrário, a perturbação do plano será a não ocorrência do sinistro.⁵⁹⁷ O mesmo poderá dizer-se acerca dos seguros de natalidade e de nupcialidade.⁵⁹⁸ O que não significa que, com alguns aperfeiçoamentos, esta teoria não possa ser aproveitada, como veremos já de seguida.⁵⁹⁹

3.2.5. A «função típica» do seguro: uma ideia abstracta, *ex ante* de necessidade

Expostas as principais teorias sobre a «função» do seguro, resta-me tentar demonstrar que todo o seguro, ou melhor a atribuição característica de todo o seguro, tem como «função típica» a satisfação de uma necessidade, para o que, nas linhas que se seguem, tentarei negar que seja da essência de um seguro – de qualquer seguro – a natureza ressarcitória da prestação do segurador, bem como contrariar as principais asserções das teorias dualistas. Começarei por estas últimas, atendo-me à asserção negativa que as une: a impossibilidade de encontrar um denominador comum para o tratamento unitário de todas as classes de seguro.

Antes de mais, não ponho em causa a existência de importantes diferenças entre as várias classes de seguro:

596 O elemento especulativo das tontinas é sublinhado por SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 35-37.

597 Desconsidera-o FONTAINE, *Assurances*, p. 124, quando afirma que o interesse de seguro é o interesse na não realização do sinistro.

598 Regressarei a este tema quando tratar a questão da natureza aleatória do contrato de seguro. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 981.

599 Cfr. *infra* o texto junto à n. 660.

«Os seguros de danos e de pessoas colocam problemas bem diferenciados. São objecto de regras prudenciais próprias, envolvem departamentos especializados, obtiveram directrizes europeias distintas e desfrutam de dogmáticas específicas, dificultando uma teoria geral do contrato de seguro que a ambos envolva.»⁶⁰⁰

Esta afirmação é de subscrever, abstraindo da acima criticada justaposição de conceitos pertencentes a duas classificações distintas dos seguros, e tomando-a como referindo-se unicamente à contraposição entre o que em direito institucional dos seguros se usa chamar os ramos «vida» e «não-vida». Como também é verdadeira a afirmação de que há importantes diferenças entre as categorias dos seguros de danos e dos seguros de capitais. A questão que se coloca é, todavia, a de saber se as diferenças são tais que impeçam um tratamento unitário do contrato de seguro. Se, de facto, nada há a que nos possamos segurar, por assim dizer, para encontrar alguma unidade sob toda a diferença. Não esqueçamos que existem, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, partes gerais, nas leis do contrato de seguro, de aplicação genérica a todas as classes de contratos de seguro.⁶⁰¹ Pelo menos por este motivo, deve fazer-se um esforço para encontrar a unidade pressuposta nessas partes gerais.

Mas mesmo as asserções positivas das teorias dualistas não são imunes à crítica. A primeira dessas asserções é a da natureza indemnizatória dos seguros de danos.⁶⁰² Note-se, antes de mais, que esta afirmação, assim formulada, é tautológica, porque a categoria dos seguros de danos se define, precisamente, por referência à sua «função» ressarcitória. Por outras palavras, o preceito da nossa lei que dispõe, aparentemente, que nos seguros de danos a prestação do segurador tem como limite máximo o valor do dano decorrente do sinistro, tem conteúdo descritivo e não prescritivo.⁶⁰³ Mas poderá certamente pôr-se em causa que pertençam a esta categoria a totalidade dos seguros tidos como seguros de danos, a começar pelo grupo dos seguros de bens não pessoais.

600 MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 773. Cfr. ainda o art. 2.º do seu *Anteprojecto*.

601 Designadamente, na nossa. Cfr. o Título I (Regime Comum: arts. 1.º a 122.º) da LCS.

602 SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 28, afirma que é unânime na doutrina a aceitação da função indemnizatória dos seguros de danos. E fala na consagração legal do princípio indemnizatório ou da proibição do enriquecimento segundo o qual o segurado não pode obter um lucro à custa do seguro. Mas a unanimidade já está longe de descrever da melhor forma, se é que alguma vez o fez, o panorama doutrinário actual, como veremos de seguida.

603 Cfr. o art. 128.º LCS ou o art. 8:101 (1) PEICL. Cfr. *infra* n. 651.

Vejamos o que têm de distintivo os seguros de danos. Temos neles, antes de mais, aquilo a que a doutrina continental latina e a doutrina anglo-americana costumam chamar «princípio indemnizatório» ou «da não especulação».⁶⁰⁴ A doutrina germânica fala antes no «princípio da proibição do enriquecimento».⁶⁰⁵ De uma forma geral, estes princípios são tratados como sinónimos.⁶⁰⁶ A verdade é que, não obstante a designação, a doutrina germânica define o sentido do princípio da proibição do enriquecimento nos seguros de danos exactamente nos mesmos moldes em que o princípio indemnizatório é normalmente definido na doutrina continental latina e anglo-americana.⁶⁰⁷ Veremos, em seguida, que a sua designação dá azo, por vezes, a alguma confusão.

O princípio indemnizatório propugna a inadmissibilidade de uma indemnização de valor superior ao valor dos «danos» sofridos pelo segurado: proíbe que o segurado lucre à custa do segurador.⁶⁰⁸ Cumpre esclarecer, antes de mais, a razão de ser das aspas em «danos». Nem sempre pode dizer-se, com rigor, que a indemnização do seguro tenha, nos seguros de danos, uma finalidade ressarcitória ou indemnizatória. Pense-se no exemplo do seguro-caução. Este «cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval».⁶⁰⁹ Neste caso, o seguro garante, preventivamente, o cumprimento das obrigações do devedor, não visando o pagamento da indemnização em caso de

604 Na doutrina lusa, a expressão mais em voga é «princípio indemnizatório», também usada na lei. Cfr. a Secção III (arts. 128.º a 136.º) do Capítulo I (Parte Geral) do Título II (Seguro de Danos) da LCS. ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 59 e 103-105; *Relatório*, p. 97; e *Contratos Comerciais*, pp. 85-87, refere-se ao «princípio da não especulação».

605 Veja-se, por todos, o *Bereicherungsverbot* de GÄRTNER.

606 Excepto em Espanha, onde, não obstante não se falar, tradicionalmente, no princípio da proibição do enriquecimento, mas antes no princípio indemnizatório, vamos encontrar a proibição de um «enriquecimento injusto» no art. 26 LCSes. Cfr. GIRGADO PERANDONES, *Evolución Histórica*, pp. 178-183; e *Principio Indemnizatorio*, pp. 131-139. A determinação de que só é proibido o enriquecimento «injusto» leva-o a sustentar que não há identidade, pelo menos no que respeita ao ordenamento espanhol, entre os princípios indemnizatório e da proibição do enriquecimento (injusto). Cfr. *Evolución Histórica*, p. 197.

607 Veja-se, por todos, GÄRTNER, *Bereicherungsverbot*, p. 11. WINTER, *Bedarfsdeckung*, p. 23, nota que a referência ao enriquecimento não tem a mesma amplitude da que ocorre no instituto do enriquecimento sem causa (§§ 812 a 822 BGB, arts. 473.º a 482.º CC). Sustenta que a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento, nos seguros de danos, teria apenas como resultado tomar-se como medida máxima da indemnização a diferença entre o património do segurado (i) imediatamente antes da ocorrência do sinistro; e (ii) imediatamente após a ocorrência do sinistro, à semelhança do que se dispõe para a indemnização de direito civil geral. Sobre esta última, veja-se, nomeadamente, o *Bereicherungsverbot* de MOOK; ou, em geral, LANGE/SCHIEHMANN, *Schadensersatz*, pp. 248-422.

608 Cfr. o art. 128.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 439.º/§ 1 CCom.

609 Art. 6.º/1 do DL n.º 183/88, de 24 de Maio. Cfr. ainda o art. 162.º CLS.

sinistro ressarcir o credor pelos danos sofridos em virtude do incumprimento.⁶¹⁰ Disse acima que, ao indemnizar, o segurador cumpre um dever (primário) de prestar e não um dever (secundário) de indemnizar. Assim é, em face do tomador e do segurado. O que não significa que o acto do segurador não valha, simultaneamente, perante terceiro, como cumprimento de um dever de indemnizar: é esse o caso nos seguros de responsabilidade civil. Contudo, no caso do seguro-caução, o acto do segurador vale duplamente como cumprimento (i) de um dever de prestar próprio perante o segurado; (ii) de um dever de prestar do tomador devedor perante o segurado. Assim se explicam as aspas na referência aos «danos».⁶¹¹

É o princípio indemnizatório que, nos seguros de coisas, faz do sobresseguimento um problema (o mesmo já não podendo dizer-se do subseguro, cujos problemas têm outra origem).⁶¹² Já vimos que estes conceitos dizem respeito à relação de valor entre o capital seguro e a coisa segura – em rigor, o interesse do segurado relativamente a essa coisa: o interesse seguro. Por isso, só existem naqueles seguros em que pode atribuir-se, ou em que é costume atribuir-se, um dado valor a esse interesse – *n.g.* o valor do direito de propriedade sobre um cavalo de corrida. O princípio indemnizatório determina, num primeiro momento, que o valor do capital seguro não seja superior ao valor do interesse seguro e, num segundo momento, que o valor da indemnização não seja superior ao valor do interesse lesado (o valor dos «danos»)⁶¹³. Já a aplicação da regra proporcional, nos casos de subseguro, nada tem que ver com o princípio indemnizatório, encontrando antes o seu fundamento na preservação da relação de interdependência entre a cobertura

610 Neste sentido, MÓNICA JARDIM, *Garantia Autónoma*, pp. 233-237. Disse acima que, ao indemnizar, o segurador cumpre um dever (primário) de prestar e não um dever (secundário) de indemnizar. Isto, em face do tomador e do segurado. O que não significa que o acto do segurador não valha, simultaneamente, perante terceiro, como cumprimento de um dever de indemnizar (é esse o caso nos seguros de responsabilidade civil). No caso do seguro-caução, todavia, o acto do segurador vale duplamente como cumprimento (i) de um dever de prestar próprio perante o segurado; (ii) de um dever de prestar do tomador devedor perante o segurado. Assim se explicam as aspas na referência aos «danos» que o segurador deve indemnizar.

611 Sobre o conceito de dano em sentido real e em sentido patrimonial, e o esclarecimento de que, no domínio dos seguros, se usa normalmente o primeiro, cfr. *supra* nn. 411 e 548. Neste ponto, é particularmente elucidativo o art. 130.º/1 LCS.

612 Cfr. o disposto nos arts. 132.º e 134.º LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 433 e 435.º CCom. Sobre estes conceitos, cfr. *supra* junto às nn. 459 a 465.

613 Cfr. ainda a tradicional regra dos nove décimos da carga no art. 599.º CCom. BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 427-455, *maxime* p. 435; e *Moderni Orientamenti*, p. 280, fazia referência a esta regra dos nove décimos no mesmo contexto da função indemnizatória dos seguros de danos, explicando que se trata de uma regra já abandonada no ordenamento italiano, que protegia aquela função exigindo que o próprio segurado suportasse um décimo do valor dos danos.

e o prémio – razão pela qual é pacífico que as partes podem livremente derogá-la.⁶¹⁴ Há ainda a figura da sub-rogação do segurador nos direitos do destinatário da prestação contra o terceiro responsável pelo sinistro, que também só se aplica aos seguros de danos – a todos eles – mas já não aos seguros de capitais.⁶¹⁵

Pode, portanto, concluir-se que há uma série de regras, de mecanismos próprios dos seguros de danos, ou de uma parte dos seguros de danos, que não funcionam no domínio dos seguros de capitais, pelo que esta é certamente uma classificação útil. Mas não é certo que tenha a importância dogmática que se quer dar-lhe. Nesta matéria, confundem-se com alguma frequência aspectos de política legislativa, ou mesmo de política empresarial, com o verdadeiro e próprio coração do seguro, ao erigir como função do seguro algo que é apenas uma consequência do princípio indemnizatório, característico dos seguros de danos. De facto, este princípio não é essencial à figura do contrato de seguro, o que é fácil de demonstrar se se partir do contributo de alguns autores que se foram interrogando sobre, pelo menos, alguns aspectos desta questão.

Em Inglaterra, parece ser relativamente pacífico, embora na prática pouco usual, que está na disponibilidade das partes celebrar como seguros de capitais seguros que, normalmente, se configurariam como seguros de danos, sujeitando-se ao princípio indemnizatório.⁶¹⁶ Trata-se de algo que o segurador, redactor das condições do seguro, tanto pode exigir quanto dispensar, expressa ou implicitamente, quer na altura da contratação, quer uma vez ocorrido o sinistro.

«O princípio indemnizatório aplica-se a todos os seguros de danos. Exige que o tomador tenha sofrido um dano para sustentar uma reclamação

614 Cfr. o disposto no art. 134.º LCS. A regra proporcional é, aliás, frequentes vezes aplicada em contextos em que o princípio indemnizatório tem uma aplicação, no mínimo, enfraquecida, como nos casos de seguro de valor em novo. Neste sentido, MARTIN, *SVR*, p. 1394 m. 22. Note-se que a mesma regra se aplica noutros contextos, com o mesmo intuito de preservar a relação de interdependência entre a cobertura e o prémio. Cfr. o disposto nos arts. 26.º/4/a) e 94.º/1/b) LCS. Sobre esta relação de interdependência, o mesmo é dizer, sobre o sinalagma no contrato de seguro, cfr. *infra* o texto a partir da n. 909.

615 Cfr. os arts. 136.º e 181.º LCS. Cfr. ainda o preâmbulo (V). Trata-se de disposições de carácter supletivo (art. 11.º LCS). Sobre a confusão que por vezes existe entre a sub-rogação e o direito de regresso, veja-se *supra* n. 224.

616 Neste sentido, LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. ii (*Summary* §§ 1.10 e 1.11), 10 (§ 3.1) e 42 (§ 5.45). A LAW COMMISSION nota, no entanto, que, sendo a celebração de *non-indemnity property insurance*, teoricamente, uma possibilidade ao dispor das partes, estes são produtos invulgares, sem um corpo de precedentes aplicáveis, pelo que o direito a aplicar-lhes é, em muitos aspectos, incerto.

bem sucedida. O requisito é eficaz enquanto condição contratual implícita ou explícita. Como se trata de uma condição contratual, pode ser alterado, ou pode renunciar-se à exigência de um dano.»⁶¹⁷

Alguma doutrina começa por explicar a razão de ser do princípio indemnizatório, dizendo que um contrato de seguro deve ser um veículo de compensação do segurado e não um modo de transformar o seu infortúnio em lucro. Mas afirmando, logo a seguir, que este princípio geral está na disposição das partes. Isto significa que, mesmo nos casos habitualmente qualificados como seguros de danos, pode optar-se por uma indemnização inferior ou superior ao valor actual do dano. A indemnização será inferior ao dano, designadamente, em todos os casos em que se estipule uma franquia. Poderá ser superior se se optar por dois de três possíveis métodos de cálculo da indemnização: (i) prévia fixação do valor da indemnização; (ii) indemnização igual ao custo de substituição; (iii) indemnização correspondente aos danos (reais) provocados pela ocorrência do sinistro.⁶¹⁸ Com efeito, apenas neste último caso se impede que o valor da indemnização seja superior ao valor dos «danos» efectivamente sofridos pelo segurado – os demais são tratados, para todos os efeitos, como *contingency* ou *non-indemnity insurance*.⁶¹⁹

Ainda que se opte pelo terceiro método, pode renunciar-se à aplicação da regra proporcional por via da chamada cláusula de primeiro risco, nos termos da qual o segurador vai ressarcir integralmente o dano sofrido até à concorrência do capital seguro, em qualquer caso – seguro em primeiro risco absoluto – ou apenas sob condição de a diferença entre o valor da coisa e o capital seguro não exceder uma determinada

617 LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 42 (§ 5.45). Cfr. ainda, neste sentido, MERKIN, *Colinvaux*, pp. 77-78; e BROWN em BROWN/MENEZES, *Insurance Law*, p. 1-5 n. 18. Em Inglaterra, a aplicabilidade do princípio indemnizatório só está na disponibilidade das partes nos casos a que não se aplica a s. 3 do *Life Assurance Act* de 1774 (cit. *supra* n. 495).

618 Quanto aos dois primeiros, cfr. o disposto no art. 131.º/1 e 2 LCS.

619 Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 32, 43 e 248-274. DENENBERG, *Legal Definition*, p. 323, que observa que mesmo nos seguros de coisas tem havido desenvolvimentos que «desenfatizaram» a vertente indemnizatória do seguro. Fala nos seguros de valor em novo, nos seguros de valor aceite ou consentido (*valued policies*) e nas leis impositivas destes últimos (*valued policy laws*). BOIVIN afirma que a prévia fixação do valor da indemnização é muito frequente no caso de bens de valor marcadamente subjectivo ou de difícil avaliação, como é o caso das jóias e obras de arte, ou de bens de valor muito flutuante. E que o cálculo da indemnização através do recurso ao custo de substituição dá azo, nos casos de substituição de velho por novo, a um significativo incremento patrimonial do segurado. O autor esclarece, todavia, que estes métodos dispensam a avaliação do dano mas não a prova da sua existência. Isto não é um exclusivo do direito anglo-americano dos seguros. Também URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 762, nota que a fixação definitiva do valor do interesse e o ajustamento do capital seguro em conformidade é frequente nos seguros de obras de arte.

percentagem do capital seguro – seguro em primeiro risco relativo.⁶²⁰ Já foi dito que a dispensa da regra proporcional em nada conflitua com o princípio indemnizatório.⁶²¹ A confusão que, por vezes, se faz a este respeito relaciona-se com a circunstância de, na economia do contrato, uma fuga não estipulada à aplicação da regra proporcional resultar num enriquecimento efectivo do segurado, não tanto por via da prestação indemnizatória, mas na medida em que o segurado beneficiou, através do contrato, de uma protecção superior àquela por que pagou – pelo que, num outro sentido, terá enriquecido (sem causa) à custa da contraparte. Esta questão será retomada.⁶²²

Vejamos, todavia, as posições dos autores que se debruçaram sobre a questão em ordenamentos jurídicos em que esta solução não é tão pacificamente, ou de todo, admitida. Passemos para os exemplos de contestação doutrinária à aplicabilidade do princípio da proibição do enriquecimento na Alemanha.⁶²³ Houve quem partisse da distinção, comumente traçada pela doutrina, entre a satisfação de uma necessidade concreta nos seguros de danos e a satisfação de uma «necessidade abstracta» nos seguros de capitais, para questionar se não poderia também satisfazer-se uma necessidade meramente abstracta no núcleo duro dos seguros habitualmente qualificados como seguros de danos: os seguros de coisas. Foi esse o caso de GERRIT WINTER.⁶²⁴ O autor

620 A distinção entre o seguro em primeiro risco absoluto e relativo encontra-se em DONATI/PUTZOLI, *Manuale*, pp. 145-146. Sobre o seguro em primeiro risco, cfr., por todos, MARTIN, *JVR*, pp. 1390-1427 mm. 10-134. Mais resumidamente, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 56 p. 552 m. 19. Em Portugal, cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 174-176. Nesta modalidade, trata-se os seguros de coisas como se fossem seguros de danos sem ser de coisas – designadamente, seguros de responsabilidade civil, em que o capital seguro é fixado pelas partes unicamente para funcionar como limite da indemnização, sem corresponder (necessariamente) ao valor de coisa alguma.

621 Cfr. *supra* o texto junto à n. 614.

622 Sobre o problema da (suposta) equivalência entre as prestações, ou entre as atribuições das partes num contrato de seguro, veja-se *infra* o texto a partir da n. 981.

623 Para além da oposição doutrinária ao princípio, cfr. a importante sentença do BGH 17.12.1997 (sobre um seguro de incêndio de valor em novo). Existe jurisprudência posterior em sentido contrário. A questão ainda está em aberto na jurisprudência alemã.

624 Cfr. o *Bedarfsdeckung* (1962) de WINTER. Muito antes de WINTER, encontramos a afirmação de que não há nada de essencial no princípio indemnizatório em ENDEMANN, *Wesen* (1866), pp. 511-554. Na doutrina de expressão francesa, veja-se LABBÉ, *Anotação* (1880), pp. 441-446. O autor sustentava que, em todas as classes de seguros, estes podem configurar-se, alternativamente, como seguros indemnizatórios ou de capitais. WEENS, *Contrat d'Indemnité* (1927), *maxime* pp. 70-91, entendia que o princípio indemnizatório só intervém como regra externa. Pretendia substituir ao princípio indemnizatório, que funcionaria apenas negativamente, em certos casos, como imposição de ordem pública, mas que não se imporia positivamente, na falta de regra de ordem pública, pelo princípio da proporcionalidade entre o prémio e a indemnização média. Acrescenta que a prestação do segurador reveste apenas, em certos casos, a natureza de uma indemnização, por motivos de ordem pública (cfr., em especial, as pp. 78 e 87).

aponta vários desvios ao princípio da proibição do enriquecimento nos seguros de danos, ou melhor, várias possibilidades de enriquecimento do segurado nos seguros de danos.⁶²⁵ Dá o exemplo, o mais discutido, dos contratos em que as partes estipulam que o valor da indemnização será ou poderá ser superior ao valor da coisa no exacto momento da ocorrência do sinistro. Nestes casos, que se justificariam pela existência de uma necessidade subjectiva do segurado (*Bedürfnis*) em lidar com as consequências práticas do sinistro – por exemplo, mas não necessariamente, adquirindo uma coisa nova –, a protecção do seguro seria, na realidade, superior à teoricamente exigida tendo em atenção somente uma concreta necessidade objectiva do segurado (*Bedarf*).⁶²⁶ Para além desta possibilidade, entende que há ainda que ter em conta o eventual enriquecimento decorrente de toda a espécie de vantagens paralelas que passam muitas vezes despercebidas aos olhares do legislador, da doutrina e da jurisprudência, e que, por não terem em atenção a eventual compensação de vantagens com desvantagens, se traduzem numa sobreavaliação do dano efectiva e globalmente sofrido pelo segurado, e que nem por isso transformariam o seguro num contrato de jogo.⁶²⁷

Houve, desde cedo, na doutrina alguma contestação, embora pouco expressiva, da aplicabilidade do princípio da proibição do enriquecimento, tendo-se afirmado que, quando muito, este seria estipulado na generalidade dos contratos de seguro que não fossem seguros de pessoas, mas que, na falta de estipulação, não poderia fundar-se directamente na lei.⁶²⁸ O autor conclui que, efectivamente, não existe no ordenamento jurídico alemão qualquer proibição do enriquecimento através do contrato de seguro, embora o princípio seja sistematicamente estipulado nas condições gerais dos seguros habitualmente qualificados como seguros de danos.⁶²⁹

Com base no exposto, o autor defende a possibilidade de, em direito alemão, se prosseguir uma finalidade de satisfação de uma necessidade «meramente abstracta» nos seguros de coisas – exactamente como acontece nos de pessoas. O paradigma dessa

625 Neste sentido, WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 23-51 e 85-86; e ainda *Risikobeschreibungen*, pp. 1208-1209.

626 WINTER, *Bedarfsdeckung*, p. 85.

627 WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 85-86. Embora o autor não o afirme expressamente, julgo que se referirá à circunstância de, no domínio dos seguros, se atender em geral a um conceito real de dano, e não ao dano patrimonial, como fora salientado por MÖLLER, *Einzel Schaden*, maxime pp. 30-31. Cfr. *supra* nn. 411 e 548.

628 Cfr. doutrina citada em WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 23-24.

629 Neste sentido, WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 50-51.

possibilidade seria o seguro de valor em novo.⁶³⁰ Contudo, outros exemplos existem, como o seguro contra o mau tempo nas férias⁶³¹ e o seguro de vida de animais.⁶³² O autor faz um paralelo com a possibilidade inversa, mais amplamente reconhecida, de limitar à finalidade de satisfação de uma necessidade concreta certos aspectos dos seguros de pessoas.⁶³³ É o que denomina «seguro de coisas de capitais» (*Sachsummenversicherung*).⁶³⁴

RUDOLF GÄRTNER, na monografia que dedicou ao princípio da proibição do enriquecimento, após analisar estes e outros argumentos, conclui pela inexistência do princípio no direito alemão dos seguros contemporâneo.⁶³⁵ Parte da concepção reinante, que separa seguros de danos e seguros de capitais. Afirma que mesmo quem encontra a protecção de uma necessidade em todas as formas de seguros distingue depois os seguros de protecção de necessidades concretas e os seguros de protecção de necessidades

630 *Neuwertversicherung*. Cfr. WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 101-111. O autor nota que, neste caso, ainda pode falar-se de sobresseuro e de subseguro, porque não há uma total liberdade de fixação do montante da indemnização, que apenas tem como tecto, não o valor actual da coisa, mas o valor de uma nova coisa em tudo o mais semelhante à coisa segura. Mas o mesmo não poderá dizer-se dos exemplos seguintes. Note-se que este seguro é por outros autores qualificado como um misto de seguro de activos e de passivo visto que, por um lado, só é accionado em caso de lesão ou destruição de determinada coisa mas, por outro lado, a indemnização é calculada em função do dano que representaria a sua substituição por nova coisa. Cfr. REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2372; e MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 287. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 55 pp. 531-532 mm. 7-9, observa que a admissibilidade do seguro de valor em novo decorre do princípio da liberdade contratual, sustentando que nenhum valor contraria a protecção da necessidade de aquisição de uma coisa nova em substituição da coisa sinistrada.

631 *Reisewetterversicherung*. Cfr. WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 110-111. É este um seguro por via do qual se receberia uma dada soma por cada dia de chuva durante as férias do segurado. Cfr. *infra* n. 716.

632 *Tierlebensversicherung*. Cfr. WINTER, *Bedarfsdeckung*, p. 111. O seguro de vida de animais é uma modalidade de entre o domínio mais amplo dos seguros de animais. Estes compreendem seguros de vida, de saúde e de acidentes pessoais. Todos eles são comumente classificados como seguros de danos. Todavia, no seguro de vida de animais, é relativamente pacífica a possibilidade de fixação de uma indemnização independente do valor comercial do animal. EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 58, afirmava explicitamente que este contrato não era um seguro mas sim um jogo, no que parecia entrar em clara oposição, pelo menos, com o espírito em que o contrato será habitualmente celebrado. Sobre os seguros de animais, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 116-128 pp. 779-789.

633 Sobre essa possibilidade, veja-se, por exemplo, MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 284-285; e RICHTER, *PVR*, p. 55. EHRENZWEIG, *Grundprobleme*, p. 359; e KRAUSE, *Begriff*, p. 72, chegam a reconhecer a admissibilidade de um seguro de vida concebido, na sua totalidade, como um seguro de danos, embora o primeiro diga que a questão é de interesse meramente teórico, e o último sustente que, na prática, a figura não exista. Enganam-se os autores. Basta olhar a ampla experiência anglo-americana nesse departamento, embora os exemplos não se circunscrevam aos sistemas de matriz anglo-americana. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 495.

634 WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 99-117. Note-se, todavia, que em ponto algum se rejeita, nesta obra, a validade da distinção entre seguros de danos e seguros de capitais. Esta distinção é mais tarde claramente defendida em WERBER/WINTER, *Grundzüge*, pp. 3-5 e 45-46. A feroz crítica ao conceito abstracto de necessidade, e a rejeição genérica das teorias monistas, que nesta obra aparecem, não estavam todavia presentes na sua obra anterior.

635 Cfr. GÄRTNER, *Bereicherungsverbot* (1976), *maxime* pp. 135-140.

abstractas, o mesmo valendo relativamente aos partidários da teoria indemnizatória do seguro, que distinguem entre danos reais e danos típicos. Em seu entender, no entanto, embora o princípio tenha desempenhado historicamente o seu papel, designadamente na distinção entre o contrato de seguro e os contratos de jogo, actualmente, em todas as classes de seguros, estaria na disposição das partes estipularem cada contrato de seguro como um seguro de danos ou um seguro de capitais, independentemente da natureza material ou pessoal do bem a partir do qual se define a cobertura.⁶³⁶

A posição maioritária na doutrina alemã parece continuar a ser a de aceitar que os seguros de pessoas podem configurar-se como seguros de capitais, seguros de danos ou mistos, mas que os seguros de bens não pessoais apenas podem corresponder a seguros de danos.⁶³⁷ No entanto, paradoxalmente, já não é esse o entendimento perfilhado por quem, no seu seio, se dedicou ao estudo mais desenvolvido do princípio da proibição do enriquecimento.⁶³⁸

636 GÄRTNER, *Bereicherungsverbot*, p. 139, afirma que o problema da distinção entre o seguro e o jogo, hoje em dia, já não se coloca: que é histórico mas que já não é tratado nos tribunais; e, nessa medida, também o princípio da proibição do enriquecimento perdeu significado. Cfr. ainda o seu *Entwicklung*, pp. 374-375. ENDEMANN, *Wesen*, pp. 320-327, defende que o princípio da proibição do enriquecimento tem a sua origem histórica no princípio de direito canónico da proibição da usura, pois que, na verdade, este era apenas um mecanismo entre outros, sendo o objectivo fundamental o de assegurar a equivalência entre as prestações, e nada mais. Também KOENIG, *Schw. PVR*, pp. 284-285, negava frontalmente a existência do princípio da proibição do enriquecimento no direito contratual dos seguros.

637 Encontramos exemplos de afirmações expressas nesse sentido, desde logo, na fundamentação do projecto da VVG (*Begründungen zu den Gesetzesentwürfen*). Cfr. os *Motive* da VVG, pp. 70-71. Quanto à nova lei, cfr. *supra* n. 562. Por um lado, esta arruma a regulação dos seguros de danos na parte geral mas, por outro, insere dentro daquela a dos seguros de coisas. Vejam-se ainda EHRENBURG, *VRI*, p. 13 n. 28; EHRENBURG, *DÖVVR*, p. 58; RICHTER, *PVR*, pp. 55-56; DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 71-72; KRAUSE, *Begriff*, pp. 60-61; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 56-57 e 59 (mm. 42-44 e 52). Na Bélgica, veja-se FONTAINE, *Assurances*, pp. 122, 381-382, 385-393 e 470. Outro tanto se encontra na própria letra dos arts. 51, 97 e 136 LCSbe. FONTAINE observa que a regra segundo a qual os seguros de danos são necessariamente indemnizatórios se deve ao receio dos sinistros voluntariamente provocados. De tal forma que esta é uma disposição de ordem pública cuja violação está sujeita a sanções de ordem penal (art. 139). Mas reconhece que a própria lei consagra alguns desvios a esta regra: (i) a admissibilidade das coberturas *valeur à neuf* (art.53); (ii) a inoponibilidade do resultado de uma avaliação em caso de fixação do capital seguro pelo tomador com o acordo do mandatário do segurador (art. 54/1); (iii) a admissibilidade de indexação do capital seguro (art. 54/2); (iv) o estabelecimento do valor seguro por comum acordo *valeur agréée*: este último sujeito a restrições legais (art. 55).

638 Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 55 pp. 530-531 mm. 1-3. O autor analisa o princípio da proibição do enriquecimento como postulado de política legislativa que apenas vincula na estrita medida em que uma disposição legal assim o determine, sem no entanto lhe ser reconhecido, pela doutrina mais recente, o estatuto de princípio geral enformador do direito contratual dos seguros. Como *Leitidee*. No mesmo sentido, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 82 m. 28. O autor chega a afirmar que, actualmente, a doutrina e jurisprudência reinantes já não aceitam a formulação tradicional, injuntiva, do princípio da proibição do enriquecimento. Cfr. ainda o *Bereicherungsverbot* (1997) de BARTHOLOMÄUS. O autor procura determinar o conteúdo e o significado do

Nos EUA, alguns autores pegam no crescente recurso à prévia fixação do valor da indemnização, nos seguros de coisas, que há muito deixou de ser instrumento privilegiado apenas dos danos de difícil avaliação mas se tem vindo a generalizar em domínios como o do seguro de transportes, para sustentar a identidade entre estes contratos e os seguros de capitais.⁶³⁹ E salientam que o princípio indemnizatório se fundamenta em razões de política legislativa ou empresarial, de combate à fraude, devendo limitar-se a desempenhar essa função, e não a servir de base a uma distinção entre classes de seguros.⁶⁴⁰

Num importante estudo de direito americano sobre o âmbito legal e convencional da figura da sub-rogação, dada a posição generalizada que limita a sub-rogação legal ao domínio dos seguros de natureza indemnizatória, ou seja, ao domínio dos seguros de danos, defendeu-se que a distinção entre estes e os de capitais deveria ser feita, não por classes, mas de forma casuística, usando-se como exemplo, entre outros, o reconhecimento generalizado, no direito alemão, da presença de elementos indemnizatórios em muitos seguros de saúde e de acidentes pessoais.⁶⁴¹

princípio da proibição do enriquecimento no actual direito dos seguros alemão. Conclui, similarmente, que se trataria somente de uma orientação, a tomar em consideração em simultâneo com várias outras, de forma flexível (p. 213). Afirma que «já não existe, actualmente, uma proibição de enriquecimento como regra legal de direito dos seguros» (p. 314). Cfr. ainda, no mesmo sentido, a sumária conclusão de BAUERSACHS, *Bereicherungsverbot* (2002), p. 162: «A proibição do enriquecimento está morta.» Com efeito, vem a perder terreno, na doutrina da especialidade, a posição clássica que podemos ainda encontrar, por exemplo, em MÖLLER em BRUCK/MÖLLER/SIEG, «Vor §§ 49-80» pp. 4 e 29-31 mm. 3 e 45. WINTER, *Risikobeschreibungen* (1988), pp. 1208-1209, já conseguia detectar um avanço, na doutrina, do reconhecimento da fragilidade, ou pelo menos de algum enfraquecimento, do princípio da proibição do enriquecimento nos seguros de danos. Cfr. ainda TRIBESS, *Leistungsfreiheit* (1991), p. 3, para uma defesa da possibilidade de protecção de uma necessidade meramente abstracta nos seguros de coisas.

639 FLEMING, *Collateral*, pp. 1499-1500.

640 OMORI, *Valued Policy*, pp. 185-196. O autor sublinha o recurso generalizado aos seguros de valor aceite ou consentido (*valued policies*) em domínios que habitualmente qualificamos como de seguros de danos e afirma que o seguro de vida é, em todos os sentidos, um seguro de valor aceite ou consentido, entendendo por isso dever reconsiderar-se a ideia de que o princípio indemnizatório serviria para distinguir entre classes de seguros. Note-se que, na literatura em inglês, curiosamente, a designação *valued policies* é por vezes entendida como sinónima das designações *contingency* ou *non-indemnity insurance* (que se traduzem por «seguros de capitais»). É com este sentido que a expressão é usada em LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. i (*Summary* § 1.4).

641 KIMBALL/DAVIS, *Subrogation*, pp. 849-860. BROWN em BROWN/MENEZES, *Insurance Law*, p. 1-5 n. 19, repara que, nos casos de sub-rogação, um aspecto crucial é a discussão sobre se se trata de um seguro indemnizatório ou não indemnizatório. E confirma a dificuldade da discussão no domínio do seguro de acidentes pessoais. Cita como exemplos *Glynn v Scottish Union & National Insurance Co.* (1963); e *Mutual Life Assurance Co. v Tucker* (1993). O primeiro respeitava à cobertura de despesas médicas, e o segundo à atribuição de um subsídio semanal, ambos na sequência de danos corporais resultantes de acidentes de viação.

Exemplo interessante para a discussão é o das chamadas *valued policy laws* – leis impositivas de seguros de valor aceite ou consentido – vigentes nalguns estados dos EUA.⁶⁴² A ideia fundamental por detrás destes diplomas legais, relativos ao seguro de incêndio, era a de que o fenómeno do sobresseguro estaria na origem do recrudescimento de incêndios intencionais nos EUA durante a segunda metade do séc. XIX. Pensou-se, na altura, que quem estaria em melhor posição para evitar o fenómeno do sobresseguro seriam os próprios seguradores. Todavia, em lugar de o fazerem, os seguradores limitavam-se a recorrer ao princípio indemnizatório, que não combate eficazmente o sobresseguro, apenas a sobre-indemnização, eliminando, por esta via, a sua função de incentivo ao fogo posto. Percebeu-se que o princípio conduzia, no entanto, a resultados injustos para o consumidor de seguros que, em muitos casos, sobreavalia sem o saber a sua propriedade, e paga, por conseguinte, prémios superiores aos que deveria pagar em troca da protecção do seu interesse na propriedade segura. Entendeu-se que o resultado final seria mais justo se o mercado dos seguros se dedicasse a combater, na origem, o próprio fenómeno do sobresseguro. Ocorreu assim a promulgação, em 1872, no Wisconsin, e pouco depois numa boa parte dos estados dos EUA, de uma série de *valued policy laws*, de acordo com as quais, desde que não se provasse uma conduta criminosa por parte do segurado, a indemnização deveria corresponder ao capital seguro: haveria uma «presunção inilidível» de que esse valor corresponderia ao do dano sofrido. Ou seja, por imposição legal, proibiu-se a aplicação do princípio indemnizatório, e o seguro de incêndio passou a funcionar na prática, obrigatoriamente, como um seguro de capitais. Com tal política legislativa, os seguradores foram incentivados a assegurar-se da correcção das avaliações, assim combatendo eficazmente o sobresseguro, e não apenas a sobre-indemnização. Os seguradores lutaram vigorosa e prolongadamente contra estas imposições legais, mas sem conseguirem eliminá-las. As estatísticas nunca suportaram as suas alegações de que a lei causaria o aumento dos casos de fogo posto. A oposição a estas leis acabaria por morrer por volta dos anos trinta do séc. XX.⁶⁴³

642 O exemplo é relatado em KIMBALL, *Public Policy*, pp. 240-249.

643 O nosso legislador também se preocupou em minorar, senão resolver, este problema. Cfr. o disposto no art. 132.º LCS. Cfr., no mesmo sentido, o art. 8:103 PEICL. Detectada a sobreavaliação, este regime funciona. O pior são todos os casos em que a sobreavaliação nunca chega a ser detectada. Este regime não cria nenhum incentivo para a sua prevenção.

Na senda de todos estes autores, entendo que, se é certo que existem dois modelos distintos, correspondentes aos seguros de danos e aos seguros de capitais, já não poderá concluir-se, sem mais, que todo o seguro de bens não pessoais seja, por natureza, um seguro de danos nem aplicar-se-lhe, de forma automática, o respectivo regime, tal como é pacificamente errada a conclusão de que, salvo quanto ao ressarcimento de despesas, essas regras serão necessariamente inaplicáveis a todos os seguros de pessoas.⁶⁴⁴ Com efeito, a aplicabilidade do princípio indemnizatório é do foro da política legislativa. Não lhe reconheço valia para a resposta à questão da delimitação conceptual do contrato de seguro. Em todos os ordenamentos jurídicos de que colhi alguma informação, existem mecanismos que permitem, até mesmo nos seguros de coisas, que o valor da prestação do segurador ultrapasse o valor do dano. E já se tomou devida nota de um exemplo em que é a própria lei a impor, nos seguros de coisas, o respeito pelo montante estipulado pelas partes para o capital seguro.

Inversamente, também não vejo que faça sentido impedir-se que, por exemplo, num clássico seguro de vida em caso de morte, a pessoa segura que assim o deseje veja contratualmente assegurado, designadamente com o intuito de eliminar possíveis incentivos ao seu próprio homicídio, que o segurador se limite a pagar ao segurado ou ao beneficiário o prejuízo pecuniário que este tenha demonstradamente sofrido em consequência da sua morte.⁶⁴⁵ Haverá mesmo casos em que, não fazendo sentido vedar-se por completo o acesso a um seguro de vida, ou sujeitá-lo ao consentimento da pessoa cuja vida se segura, muito menos se justificará proibir que se convencie a sua

644 Já vimos que não foi por este caminho a recente VVG 2008. Não obstante ter passado para a parte geral a regulação dos seguros de danos, arrumaram-se sistematicamente dentro desta os preceitos aplicáveis aos seguros de coisas. Cfr. *supra* n. 562.

645 Cfr. *supra* n. 495 (e o texto junto a essa nota). Não será preciso dar largas à imaginação para encontrar um bom exemplo. Basta pensar em todos os casos em que o (primeiro) beneficiário de um seguro de vida é um credor da pessoa segura (*v.g.* um banco). A possibilidade de as partes celebrarem um seguro de pessoas como um seguro de danos é aceite por alguma doutrina germânica. Contra, apenas no que respeita aos seguros de vida, veja-se FONTAINE, *Assurances*, pp. 470-471. O autor observa que, no ordenamento belga, o reconhecimento legal da possibilidade de contratar seguros de pessoas de natureza indemnizatória não se estende aos seguros de vida. Aprova a restrição, dado que estes últimos se aproximam, em seu entender, das operações de poupança, dando azo à formação de reservas matemáticas sobre as quais o tomador pode realizar diversas operações, como o resgate, a redução, o adiantamento. A realização de tais operações pressuporia que a extensão do compromisso do segurador se estabelecesse à partida, não podendo depender de uma justificação posterior do dano (p. 471 n. 17). A explicação não convence. Ainda admitindo a dificuldade técnica – que está longe de ser pacífica – isso não justifica a proibição jurídica. Por seu turno, a possibilidade de as partes celebrarem um seguro de bens não pessoais como um seguro de capitais é maioritariamente rejeitada. Cfr. *supra* n. 637. Cfr. os *Motive* da VVG, p. 71.

configuração como um seguro de danos. Exemplo disso seria a hipótese, já referida, de uma compra, ao titular originário, de um direito de usufruto vitalício sobre um dado prédio urbano. A duração do meu direito, supondo que fui eu que o comprei, ficará dependente da duração da vida do primeiro titular. Não tenho qualquer outra relação com este último, para além de lhe ter adquirido este direito. Dada a relação de dependência, assim criada, entre um direito meu e a vida de um terceiro, não será de admitir que celebre um seguro sobre a vida desse terceiro? Suponho que sim. Mas não veria com bons olhos, neste caso, que o seguro de vida fosse configurado pelas partes como um seguro de capitais, permitindo ao segurado a percepção de um montante consideravelmente superior ao valor do seu direito de usufruto aquando da morte do seu primeiro titular. Neste caso, impõe-se um seguro de vida na modalidade de seguro de danos. É importante reter esta distinção, a que mais à frente regressarei, entre a relação do sujeito com uma vida humana e a sua relação com o simples facto da *duração* dessa vida humana.⁶⁴⁶ Pode dizer-se que, em casos como este, o sujeito não tem qualquer interesse na vida da pessoa segura, mas tem interesse na sua sobrevivência.⁶⁴⁷

Em suma, julgo que às razões de política legislativa que apontam no sentido da restrição, a certas classes de seguros, do acesso às modalidades de seguros de danos e/ou de seguros de capitais, se contrapõem razões mais ponderosas, no sentido de que esta seria matéria deixada com proveito à autonomia privada. O mesmo é dizer que: (i) o princípio indemnizatório se aplicaria, de facto, no domínio dos seguros de danos; (ii) caberia em geral na livre disposição das partes optar por configurar o seu seguro como um seguro de danos ou um seguro de capitais; (iii) a primeira asserção não seria mais do que tautológica, visto que os seguros de danos se definem como aqueles a que se aplica o princípio indemnizatório.⁶⁴⁸ A questão de saber se um contrato de seguro corresponderia

646 MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law 1st Sup*, p. 7 (1-49A), observam que, no direito inglês dos seguros de vida, não se exige um interesse *na vida* da pessoa segura, mas apenas *na sua duração*: o momento da morte tem de ter impacto para aquele de quem se exige um interesse. Cfr. *Feasey v Sun Life Assurance of Canada* (2003).

647 Veja-se ainda, para outro exemplo, *supra* n. 117 (exemplo relativo ao filme «Macabre»).

648 Já o dizia LABBÉ, *Anotação*, pp. 441-446 (cfr. *supra* n. 624). E dizia-o em 1880. Parece apontar neste sentido o anteprojecto apresentado na reforma em curso do regime jurídico do contrato de seguro, na Suíça. Cfr. WEBER, *Koordination*, pp. 104-105. O autor nota que, no preceito que regula a matéria, se encontra uma regra explícita no sentido de que os seguros de pessoas poderão ser configurados como seguros de danos ou como seguros de capitais, presumindo-se, se nada for estipulado, que o foram como seguros de capitais, e uma regra implícita no sentido de que também os seguros de coisas e de património poderão ser configurados como seguros de danos ou como seguros de capitais. Sobre a reforma em curso, cfr. ainda SCHNYDER, *Total Revision*, pp. 13-30. O anteprojecto em

à modalidade dos seguros de danos ou de capitais apurar-se-ia caso a caso, pela sua interpretação.

Na vigência do regime anterior, não fora essa a opção seguida no nosso ordenamento, pelo menos quanto configuração dos seguros de coisas como seguros de capitais.⁶⁴⁹ Em compensação, as partes podiam configurar livremente os seguros de pessoas como seguros de danos, de capitais ou mistos, não havendo qualquer disposição legal a proibi-lo. No regime actual, a situação não se alterou no que concerne à liberdade das partes na configuração dos seguros de pessoas.⁶⁵⁰ Quanto aos seguros de coisas e os demais seguros habitualmente qualificados como seguros de danos, a situação actual é menos clara. Não existem disposições inequívocas de sentido contrário, como existiam na vigência do regime anterior. Contudo, a localização sistemática do regime especial de alguns desses tipos de seguro, bem como algumas referências aos seguros de coisas, parecem apontar no sentido de a situação não ter sofrido alterações, face ao regime anterior.⁶⁵¹

Ainda assim, mesmo no domínio mais restrito dos seguros de coisas, a eventual celebração de um contrato de seguro em desrespeito pelo princípio indemnizatório já não gera invalidade, tendo, pois, por única consequência a ineficácia do contrato. A lei limita-

causa data de 31.07.2006. Espera-se que a nova lei venha a entrar em vigor em 01.01.2010 (p. 23).

649 Cfr., no regime anterior, os arts. 434.º e 435.º CCom. A lei dava, no entanto, alguma abertura para que, em certos casos, o valor da prestação do segurador fosse superior ao valor actual do dano. Cfr., designadamente, os arts. 432.º/4, 439.º/1 e 448.º CCom. As exigências do mercado segurador impunham uma interpretação muitíssimo generosa desta abertura, conferindo legitimidade à pergunta sobre se a suposta vigência deste princípio não seria entre nós um bom exemplo da distância que por vezes existe entre o *law in the books* e o *law in action*. Ainda assim, a elasticidade com que o princípio é por vezes encarado não elimina por completo a sua função, nem equivale a admitir que os seguros de coisas possam ser livremente configurados pelas partes como seguros de capitais.

650 Cfr. o disposto nos arts. 175.º/2 e 180.º/2 LCS. Neste domínio, o actual regime é ainda mais claro do que o anterior.

651 Cfr. o conteúdo do Capítulo II (Parte Especial) do Título II (Seguro de Danos) da LCS. Cfr. o disposto nos arts. 130.º/1 e 131.º/1 e 2 LCS. Estes preceitos, dando às partes alguma margem de manobra, impedem-nas, contudo, de fixar um valor indemnizatório «manifestamente infundado». Da análise destes preceitos resulta, por conseguinte, que os seguros de coisas não poderão configurar-se, livremente, como seguros de capitais, embora possam conter alguns elementos que os afastem do domínio do estritamente indemnizatório. Cfr. o preâmbulo da LCS (V). Começa por se vincar a circunstância de «o princípio indemnizatório assentar basicamente na liberdade contratual, de modo supletivo» (cfr. ainda os arts. 11.º e 128.º LCS). Contudo, acrescenta-se logo de seguida que «para o cálculo da indemnização não se pode atender a um valor manifestamente infundado». Cfr. ainda o art. 14:101 PEICL. Deste, retira-se mais claramente a regra de que só os seguros de vida, saúde, acidentes pessoais, natalidade, nupcialidade ou outros seguros de pessoas poderão celebrar-se na modalidade de seguros de capitais. Em virtude da deficiente sistematização da nossa lei, não pode retirar-se com a mesma facilidade esta conclusão do disposto no art. 175.º/2 LCS.

se a regular esta questão a propósito do cálculo da indemnização, não cominando quaisquer consequências negativas para esse desrespeito reportadas ao momento da celebração do seguro, para além do direito do tomador à redução do contrato.⁶⁵² Em qualquer dos casos, no plano da qualificação, um contrato de seguro inválido ou ineficaz é, ainda assim, um contrato de seguro.⁶⁵³ O que me leva a concluir que a «função indemnizatória» não integra a natureza do seguro – de nenhum seguro. E, em simultâneo, à rejeição das teorias dualistas.

O que se passa é que, tal como no requisito da casualidade – na fronteira entre as condições potestativas arbitrárias e não arbitrárias⁶⁵⁴ – tenta-se aqui lutar contra a tentativa de uso do seguro para obtenção de um lucro certo, *rectius*, contra a tentação da fraude.⁶⁵⁵ Todavia, tal como se nega a essencialidade da natureza fortuita do sinistro, também se nega agora a essencialidade da natureza indemnizatória da prestação do segurador. É tudo uma questão de política legislativa: de eliminação dos incentivos à fraude e à destruição de bens como a vida, a integridade física ou a propriedade privada.⁶⁵⁶ Como bem o demonstra o exemplo das *valued policy laws*, o recurso a uns métodos ou as circunstâncias particulares de algumas classes de seguros podem dispensar

652 Cfr. o disposto no art. 132.º/1 LCS. Esta redução não se confunde com a redução resultante da invalidade parcial de um negócio jurídico, por aplicação do disposto no art. 292.º CC.

653 Cfr. C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Apostas*, p. 19. A propósito dos contratos de jogo e de apostas, os autores sublinham a distinção entre a existência de um contrato e o seu reconhecimento e tutela pela ordem jurídica. Fazem notar que a lei, quando recusa a validade a um contrato, não pretende negar a sua natureza, bastando-se em impedir a sua produção de efeitos, com a cominação da invalidade.

654 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 331.

655 Em Portugal, esse género de comportamento fraudulento configura a chamada burla relativa a seguros, prevista e punida no art. 219.º CP.

656 Cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 126. Exemplo de um método utilizado na indústria seguradora é o da estipulação, nas várias classes de seguros em que a indemnização pode ser superior ao valor do dano, e designadamente quando se calcula o montante da indemnização tendo em atenção o custo de substituição do bem destruído ou danificado por um novo, de uma cláusula de acordo com a qual o pagamento do custo de substituição está subordinado à condição de o segurado utilizar efectivamente o dinheiro na construção de um bem imóvel idêntico ao anterior e no mesmo sítio do anterior, ou de comprar um bem móvel tanto quanto possível idêntico e nunca melhor do que o anterior (o que dá azo a problemas nos domínios tecnológicos em que a evolução dos produtos disponíveis no mercado é mais rápida). KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 55 p. 532 m. 9, sublinha que a admissibilidade do seguro de valor em novo não depende da estipulação de uma cláusula de imposição ao segurado da efectiva reconstrução ou substituição da coisa segura. Nada se dizendo no contrato, ao segurado é lícito exigir a indemnização pelo valor em novo e empregá-la do modo que mais lhe aprouver. Sobre esta cláusula, cfr. ainda § 97 pp. 742-743 mm. 2-3.

ou enfraquecer o recurso a outros métodos, nenhum deles sendo necessário à noção de seguro.⁶⁵⁷

O mesmo é dizer que rejeito a separação dos seguros entre os que visam a satisfação de uma necessidade concreta e os que se destinam a satisfazer uma necessidade abstracta, dado que entendo que verdadeiramente constitutiva do seguro será, em todos os casos, apenas esta última. Com a ressalva de que adopto a expressão «necessidade abstracta» unicamente por ser de uso tradicional, na medida em que não a considero especialmente expressiva da realidade que lhe subjaz, e que tentarei explicar. Retomo a proposição, atrás referida, de que a definição do conceito de direito subjectivo não pressupõe a aceitação da ideia de que não haveria direito sem interesse – ou seja, da ideia de que, em cada caso concreto, onde falha o interesse desapareceria necessariamente o direito que o protegia. Essa definição bastar-se-ia com a asserção de que, genericamente, a função primordial dos direitos consiste na promoção dos interesses dos respectivos titulares.⁶⁵⁸ Também para unificar o conceito de seguro se deve recorrer à ideia abstracta de interesse, e mais especificamente à ideia abstracta de necessidade. Numa palavra, o interesse refere-se ao fim e não à medida da necessidade.⁶⁵⁹ Quem nega que os seguros de capitais satisfaçam necessidades e quem declara, criticamente, que apenas satisfazem necessidades abstractas, confunde o destino convencional da prestação, aquilo para que ela está orientada, para que tem de servir, com a existência de uma imposição legal de apenas satisfazer uma necessidade – concreta – o que normalmente não se exige em nenhum contrato.⁶⁶⁰ Não se vê o porquê de semelhante exigência no domínio dos seguros.

657 Para um outro exemplo, veja-se o modelo de condições especiais para o seguro de incêndio de valor em novo reproduzido e comentado por KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, pp. 1213-1215 (*Sonderbedingungen für die Neuwertversicherung von Industrie und Gewerbe: NWIG 80*). Cfr. ainda MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 160-166, sobre o seguro de valor em novo e o seguro de valor aceite ou consentido. Em defesa do primeiro, sustenta que os seguradores podem lançar mão de outros meios para desincentivar a fraude, como por exemplo a exigência de um descoberto obrigatório, e a imposição ao segurado da efectiva reconstrução ou substituição da coisa segura, a que subordinariam o pagamento da diferença entre o valor de uso e o valor de reconstrução ou substituição. Quanto ao segundo, veja-se, no regime anterior, o disposto no art. 439.º/§ 1/1 CCom. No novo regime, cfr. a disposição, mais genérica, constante do art. 50.º/2 LCS.

658 Cfr. WENAR, *Nature*, pp. 223-252.

659 Já o dizia GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar*, pp. 336 e 343.

660 De certa forma, para isto já chamara a atenção, implicitamente, SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 233-237, ao substituir o conceito de interesse como elemento unificador do seguro pelo de fim. Cfr. *supra* n. 578.

Na minha posição, aproveito algumas ideias (i) da teoria da previdência; e (ii) da teoria da segurança no plano.⁶⁶¹ Desta última, rejeito a asserção de que o sinistro corresponderia, em todos os casos, a uma perturbação no plano do segurado. Muito pelo contrário, a perturbação do plano consistirá, por vezes, na não ocorrência do sinistro. Simplesmente, nuns casos como nos outros, o seguro vem assegurar ou contribuir para a satisfação de uma necessidade – ou a prossecução de um fim do segurado. Prefiro a referência à necessidade, pois esta permite-nos, com maior facilidade, centrar a atenção na incerteza subjacente ao seguro. Porque a necessidade em causa, no seguro, é que é meramente eventual. O fim pode não o ser, ou sê-lo-á apenas se o definirmos de certo modo. Explicando, o fim do segurado pode ser algo que, em certas circunstâncias, este não tenha dificuldade em alcançar sem o auxílio da prestação do segurador. Por exemplo, a acumulação de um certo pecúlio. A necessidade a que o seguro irá fazer face é que só se materializa em caso de ocorrência do sinistro.

Foram certas as críticas a quem separa os seguros entre os que visam satisfazer uma necessidade concreta e os que se destinam a satisfazer uma necessidade abstracta do segurado, pois isto mais não é do que a defesa de um dualismo encapotado. O que a doutrina vem denominando uma «necessidade concreta» aproxima-se inelutavelmente da ideia de ressarcimento de um dano, sendo acertadas as observações a esse respeito formuladas por DONATI.⁶⁶² Mas a proximidade entre ambos os conceitos acaba onde se renuncia à sua concretização. O importante é – em todos os casos – o interesse avaliado *ex ante* na perspectiva de quem se precavê contra uma necessidade eventual e futura. Uma necessidade ainda «abstracta» no momento em que a contemplamos. A questão essencial é que o dano só existe depois de verificado o sinistro, o mesmo podendo dizer-se de uma necessidade «concreta». Ao exigir a verificação de um dano ou o surgimento de uma necessidade «concreta», a doutrina situa o problema no momento imediatamente subsequente à ocorrência do sinistro. A sua perspectiva é *ex post*. Exige-se, então, um olhar sobre o passado. Já a exigência de uma necessidade «abstracta» reporta-se ao momento da contratação. É nesse momento que devemos procurar o interesse, para

661 Sobre a primeira, cfr. *supra* o texto junto à n. 527. Sobre a segunda, cfr. *supra* o texto a partir da n. 578.

662 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 531.

efeitos de qualificação do contrato como um seguro.⁶⁶³ O que interessa salientar é o recurso à ideia de necessidade abstracta numa perspectiva *ex ante*, de actuação sobre o futuro.⁶⁶⁴ É esta a diferença fundamental entre a «indemnização» característica do seguro e a indemnização própria da responsabilidade civil. No próprio seguro de responsabilidade civil, a visão prospectiva é a do segurado e não a do lesado. E por isso não temos de procurar e avaliar o dano.⁶⁶⁵

Afirma-se, por vezes, que, consoante o tempo em que tenham existência, os interesses, no domínio dos seguros, podem ser passados, presentes ou futuros.⁶⁶⁶ Não é assim. O interesse é, por um lado, sempre presente, porque decorre de uma aferição prospectiva feita no momento da contratação e, por outro lado, é sempre futuro, visto que se reporta a uma necessidade eventual, necessariamente futura, tal como é futura a prestação do segurador com que se pretende vir, eventualmente, a satisfazê-la.⁶⁶⁷

3.3. O fecho de um círculo: do interesse para o risco

Uma última palavra sobre as teorias dualistas – ou seja, relembremo-lo, as teorias que professam uma separação radical entre os seguros de danos e os seguros de capitais, negando a possibilidade de recondução de todos eles a uma única função – para sublinhar que estas são, de uma forma geral, demasiado abrangentes, quando definem ou delimitam os seguros de capitais – por vezes, os seguros de pessoas – como correspondendo aos contratos em que se fixa previamente uma soma a pagar na ocorrência de um evento

663 MÖLLER, *Interesse*, p. 136, sustentava que o conceito primário seria o de interesse, sendo o de dano um conceito secundário que só adquiriria importância em caso de verificação do sinistro.

664 É neste ponto que poderá identificar-se a maior aproximação das conclusões deste estudo às teorias da previdência. O seu maior contributo foi precisamente o de pôr em evidência esta perspectiva *ex ante*: este olhar sobre o futuro. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 527 para a teoria da previdência de HUPKA. E cfr. o *Rischio* de SANTORO-PASSARELLI.

665 Nem de nos perdermos em discussões sobre a indemnizabilidade do dano morte, do dano de perda de capacidade de trabalho, do dano emergente de despesas extraordinárias, e da titularidade do direito à indemnização. Cfr. BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 437-444; e *Moderni Orientamenti*, pp. 289-299. Estas páginas são o testemunho do envolvimento do autor numa longa discussão sobre a qualificação do dano decorrente de acidentes mortais e não mortais nos seguros de acidentes pessoais e de vida.

666 DONATI, *Trattato II*, p. 226.

667 Cfr. HÉMARD, *Assurances Terrestres I*, p. 1.; observava que o desejo de segurança que sentem os seres humanos, em vista das necessidades futuras e eventuais que contemplam, transforma-as em necessidades presentes. Essa ideia não se afasta muito de outras afirmações do próprio DONATI, em *Trattato I*, pp. 8 e 16; e em *Trattato II*, p. 12, quando, a propósito da teoria da necessidade eventual, faz notar que uma necessidade futura e incerta se traduz sempre, por efeito do espírito de previdência, numa necessidade actual certa e duradoura, de ter à disposição a riqueza se e quando se verifique a necessidade eventual.

ligado à vida humana.⁶⁶⁸ Demasiado abrangentes, na medida em que englobam, nesta definição, o jogo sobre a vida ou integridade física de terceiro.

MOITINHO DE ALMEIDA, por exemplo, define o risco de seguro como a «possibilidade de um evento futuro e incerto (...) susceptível de determinar a atribuição patrimonial do segurador». Opina que, «excluída a teoria indemnizatória, não se qualifica o evento de danoso».⁶⁶⁹ Abstraindo da questão da repetição da «incerteza» na «possibilidade»,⁶⁷⁰ e da pretensa natureza necessariamente futura do risco,⁶⁷¹ interessa agora salientar que, podendo embora o sinistro não ser danoso, será todavia importante fazer alguma referência ao juízo de desvalor que o mesmo *suscita*, sob pena de se reduzir o conceito de risco à ideia de incerteza. Se não se excluísse a incerteza intrinsecamente indiferente ao sujeito em causa antes da contratação, ficaria obnubilada a «função típica» do seguro e a definição seria insuficiente para distingui-lo, designadamente, do jogo.⁶⁷²

O que nos traz de volta à discussão relativa ao *desvalor* no conceito de risco. Porque, se o problema da não transformação do seguro em jogo não existe no caso do seguro de vida em caso de morte sobre a própria vida do tomador,⁶⁷³ já existe, naturalmente, em todos

668 Veja-se o art. 1882 CCit: «O seguro é um contrato em que o segurador, contra o pagamento de um prémio, se obriga a ressarcir o segurado, dentro dos limites convencionados, do dano causado por um sinistro, ou a pagar um capital ou uma renda ao verificar-se um evento atinente à vida humana.» Cfr. SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 33, quando afirma que o sinistro deve corresponder, alternativamente, a um evento danoso ou a um facto atinente à vida humana. Cfr. ainda o § 1 VVG (*supra* n. 562). A questão foi resolvida no § 1 VVG 2008 (*supra* n. 562). O novo preceito já não distingue entre duas espécies de seguro, e tão-pouco faz referência à vida humana. Em Inglaterra, a jurisprudência também não é unânime quanto à natureza adversa do facto a que se reporta o risco, havendo decisões que a negam, tendo em atenção sobretudo o seguro de vida, para o qual seria apenas necessário o sinistro estar de algum modo ligado às contingências da vida humana. Cfr. a jurisprudência analisada em HODGIN, *Problems*, pp. 14-20. Nesta matéria, os argumentos pouco diferem, de ambos os lados do Canal da Mancha.

669 MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 24.

670 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 106.

671 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 234.

672 DONATI, *Trattato II*, pp. 125-126 e 179, considerava insuficiente a simples referência a um evento, por não aceitar que este pudesse ser favorável ou indiferente ao segurado. Defendia que o evento, para ser qualificado como risco quando está em estado de possibilidade, deve ser susceptível, em abstracto, de provocar um dano. Mas alertava: por falta de risco como causa da invalidade ou da cessação do contrato de seguro entende-se, não a falta de possibilidade do evento em abstracto, mas antes do evento tal como individualizado e delimitado no contrato. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 115, todavia, parecem entender que basta o evento estar ligado à vida humana para não poder ser classificado como indiferente, dado que negam a segurabilidade dos eventos totalmente indiferentes ao segurado, por tal corresponder substancialmente a um jogo. Mas esta formulação não deixaria de fora o exemplo da aposta sobre a vida do papa (a que me refiro já de seguida).

673 Cfr. GÄRTNER, *Bereicherungsverbot*, p. 138.

os restantes casos.⁶⁷⁴ A preocupação em afastar a ideia de dano de seguros como os de vida em caso de vida, de natalidade ou de nupcialidade levou algumas leis europeias sobre o contrato de seguro, por influência de parte da doutrina, a eliminar por completo as referências àquilo que separa o seguro do jogo: o desvalor. A isto não foi totalmente alheia a falta de consciência de que o segurado – o sujeito coberto pelo seguro – nem sempre coincide com a pessoa sobre cuja vida ou integridade física o seguro incide.⁶⁷⁵

Disse atrás que há uma importante característica do risco de seguro que o diferencia do risco próprio dos contratos aleatórios, de que são exemplos o contrato de jogo e o próprio contrato de seguro: a exogeneidade.⁶⁷⁶ Como vimos então, no jogo, o risco é tipicamente criado pelo próprio contrato, com um intuito essencialmente lúdico e/ou especulativo, enquanto no seguro temos necessariamente um risco anterior e independente do contrato, que está na base do risco de seguro, consistindo o seguro num de vários mecanismos possíveis de gestão desse risco. Na verdade, isto não é mais do que uma formulação alternativa da exigência de um desvalor: de que o segurado seja parte interessada no que respeita às consequências do facto que qualificamos como sinistro, sem o ser apenas enquanto sinistro, ou seja, independentemente da indemnização que irá receber em caso de ocorrência do sinistro. Porque, se aposto com outrem a respeito da vida ou morte do papa, na perspectiva desse papa também o risco existia, e continuaria a existir, independentemente da minha aposta. Simplesmente, na minha perspectiva, anteriormente ao contrato eu não poderia chamar-lhe um risco meu, visto que o evento da morte do papa em nada me afectaria.

3.3.1. A necessidade de uma finalidade previdencial estipulada

Procurei demonstrar que todo o seguro, ou melhor a atribuição característica de todo o seguro, tem como «função típica» a satisfação de uma necessidade. Neste ponto do estudo, explico melhor o que é que isto significa, como é que isto nos permite individualizar o contrato de seguro, e finalmente o que é que este elemento vem acrescentar de novo ao risco, uma vez que, como acabamos de verificar, em grande medida o interesse já se faz sentir no próprio conceito de risco. Para este efeito, é

⁶⁷⁴ Cfr. *supra* o texto a partir da n. 420.

⁶⁷⁵ Esse problema já foi mais de uma vez tratado. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 52.

⁶⁷⁶ Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 312.

importante sublinhar que, se todos os contratos se destinam a satisfazer necessidades, e muitos servirão para satisfazer necessidades eventuais, já não será correcto afirmar que em todos eles a necessidade se encontre necessariamente estipulada. E muito menos que fará parte do texto a sua satisfação por via da prestação convencionada.

Atentemos num exemplo em que uma instituição de apoio à família resolve organizar um concurso: de acordo com o contrato que celebra com os participantes no concurso, todos eles pagam um dado montante à cabeça, em troca da sua participação, e os primeiros dez a terem uma criança recebem uma quantia em dinheiro.⁶⁷⁷ No fundo, trata-se de um jogo: de uma corrida à procriação. As contas até podem ser feitas de modo a assegurar que o dinheiro chega para cumprir esta finalidade, ou até mesmo a assegurar o lucro da actividade. Por que razão não estamos perante um contrato de seguro de natalidade? Há a questão de o sucesso de uns depender do insucesso dos outros, como no mecanismo das tontinas. Imagine-se então que, em vez de um número fixo de vencedores, o concurso se limita a fixar um período, relativamente curto, durante o qual as crianças terão de nascer, para que os respectivos pais recebam o prémio – um período que seja visto por todos como um alvo a atingir. Tratar-se-ia, em linguagem de seguros, de um contrato celebrado por prazo fixo e com um período de carência no início. Acrescentemos a fixação de requisitos adicionais, *n.g.* os concorrentes não poderão recorrer a métodos de procriação assistida, sendo desqualificados caso o façam. Em linguagem de seguro, fazendo-o darão azo à aplicação de uma de várias «exclusões». Será isto um contrato de seguro? Será que a resposta a esta questão depende do modo como forem formuladas as condições? Entendo que a resposta a ambas as perguntas é negativa, porque falta aqui um elemento essencial, que é a «finalidade» de seguro. Mas é importante precisar em que consiste esta finalidade de seguro.

⁶⁷⁷ O exemplo é baseado num acontecimento real relatado pela *BBC News* no dia 12.09.2007. De acordo com esta estação de televisão, em 2005, em Ulyanovsk, na Rússia, numa manobra publicitária supostamente destinada a inverter a situação de queda acentuada verificada durante as últimas duas décadas na taxa de natalidade da região, o governo regional instituiu o dia 12 de Setembro como Dia da Concepção. Nesse dia, os casais que o pretenderem podem faltar ao trabalho. O governo regional atribui prémios em dinheiro, automóveis, frigoríficos, televisões, ou outros electrodomésticos ou bens de consumo, a todos os pais de futuros «patriotas»: crianças nascidas exactamente nove meses depois, em 12 de Junho, Dia da Rússia. A oferta pública continua em vigor, pelo terceiro ano consecutivo.

Muitos dos participantes poderão concorrer a este concurso na expectativa de adquirirem os meios que lhes permitam prover ao sustento da sua criança. Mas isso seria irrelevante. É pacífico que o contrato de jogo pode celebrar-se com intuito lúdico ou especulativo. Neste último caso se inclui a expectativa, comum a muitos jogadores, de obter os meios necessários ao seu próprio sustento e da respectiva família, ou de melhorar as suas condições de vida. Contudo, a finalidade a que me refiro a propósito do seguro não é algo de metajurídico – de exterior ao contrato. Nem corresponde a uma intenção ou motivo extrínseco, paralelo ao contrato, de uma ou ambas as partes. Trata-se antes de uma finalidade estipulada – de uma finalidade fixada no próprio texto do contrato. Que no exemplo dado não existe. E isto é assim necessariamente, e não apenas por convenção:

«A consideração do risco não constitui apenas, para o tomador, um motivo de celebração do contrato de seguro. A fixação do risco faz parte do conteúdo do seguro.»⁶⁷⁸

O risco é um elemento do próprio conteúdo do contrato, e não algo que paire em seu redor. É preciso retirar todas as consequências desta afirmação. Porque o risco inclui todos aqueles componentes de que falei, incluindo o desvalor, de onde retiramos uma referência à necessidade e, por via desta, ao interesse. Como disse há pouco, se todos os contratos se destinam a satisfazer necessidades, e muitos servirão para satisfazer necessidades eventuais, já não será correcto afirmar que em todos eles a necessidade – do segurado – se encontre necessariamente estipulada, fazendo parte do próprio texto do contrato.⁶⁷⁹ E muito menos que fará parte do texto a sua satisfação por via da prestação convencionada. Por isso, o facto de o seguro ser celebrado, em certos casos, com uma motivação especulativa, em nada afecta a natureza de seguro do contrato.⁶⁸⁰

678 KISCH, *Handbuch II*, p. 83.

679 REICHERT-FACILIDES, *Bedarf*, cc. 239-240, dizia-o de outra forma, ao afirmar que, no contrato de seguro, tem de haver uma relação de causalidade entre a ocorrência do sinistro e o surgimento da necessidade – independentemente da natureza intrinsecamente feliz ou infeliz do sinistro – que não se exige nos demais contratos que, factualmente, servem o propósito de satisfação de uma qualquer necessidade. Embora não se referisse à diferença entre a finalidade estipulada e os motivos dos contraentes, só assim se compreende a sua afirmação, dado que essa exigência de causalidade é algo que resulta necessariamente do próprio texto contratual. Todavia, a relação não tem obrigatoriamente de ser de natureza causal. Em rigor, pode a necessidade estar associada à ocorrência do sinistro sem que este a cause.

680 Tem razão DONATI, *Trattato II*, p. 27. Cfr. também p. 57.

Partindo do exemplo histórico das tontinas, já se afirmou que o elemento especulativo estaria presente, designadamente, no seguro de vida em caso de vida, em que cada tomador aspira muito naturalmente a ter feito um bom negócio, o que só acontecerá se sobreviver para além da esperança média de vida – pressupondo que foi esta a referência de cálculo do segurador.⁶⁸¹ Com efeito, parece muito pouco realista sustentar que é pressuposto do plano económico do tomador que ele viva até uma idade dita normal e que, sobrevivendo para além da dita idade normal, se perturbaria a finalidade de acumulação de um determinado pecúlio até à data da sua morte, eventualmente com o intuito de o deixar a terceiros. Parece irreal, antes de mais, o pressuposto de que o tomador prevê atingir apenas a idade dita normal, desde logo porque muitas vezes, e cada vez mais, a renda começa a ser paga numa idade muito anterior à da esperança média de vida, coincidente com a idade em que o tomador pretende ver assegurada uma velhice financeiramente tranquila. O seu plano é mesmo obter uma renda a partir da idade da reforma e não tanto morrer de forma criteriosa e ordenada na data fixada pelas mais recentes estatísticas... O que em nada afecta a natureza de seguro do contrato – visto que, contrariamente ao que acontece no jogo, é seu conteúdo a finalidade previdencial. Por isso me afastei, como vimos, da teoria da segurança no plano, ou da conservação do património, na medida em que ela caracteriza a função unitária do contrato de seguro como uma função de compensação ou reintegração dos efeitos de uma perturbação no plano económico do segurado provocada por eventos incertos. Na verdade, nem sempre a ocorrência do sinistro perturba o seu plano económico. Em muitos casos, o plano não é perturbado pela ocorrência do sinistro, muito pelo contrário, a perturbação do plano consistirá na não ocorrência do sinistro.

Aceito as bases em que se erigem as várias modalidades da teoria da segurança no plano – que entre outras coisas tiveram o mérito de pôr em evidência o elemento de volatilidade do risco – com a precisão de que, independentemente de o sinistro corresponder a uma perturbação ou à própria realização do plano, desse plano faz parte a verificação, ou

681 Cfr. SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 35-37. Cfr. *supra* o texto junto à n. 595. É esta a álea do seguro a que já fiz referência *supra* no texto junto à n. 304 e de que voltarei a falar mais à frente, no texto *infra* a partir da n. 1031.

suposição, de que a ocorrência do sinistro gerará uma necessidade – eventual – cuja satisfação o seguro garante a custo parcial.⁶⁸²

Olhando mais de perto para essa necessidade, abstracta porque contemplada de uma perspectiva *ex ante*, que é a das partes por ocasião da contratação – a única perspectiva que aqui releva – falta ainda precisar que ela deverá naturalmente *poder ser satisfeita*, também em abstracto, mediante a prestação do segurador. O mesmo é dizer que a necessidade deve ser de natureza económica porque é de natureza económica, se bem que nem sempre pecuniária, a prestação do segurador.⁶⁸³ O conceito de interesse subjacente a um contrato de seguro é, portanto, mais restrito do que o do 398.º/2 CC.⁶⁸⁴

Quem sustenta que nos seguros de pessoas o interesse não é económico – que este corresponde, designadamente, ao interesse pessoal na conservação da vida ou integridade física própria ou o interesse meramente afectivo na conservação da vida ou integridade física alheia – desconsidera a essencialidade da existência de uma ligação entre a finalidade de satisfação de uma necessidade – abstracta – e a prestação do segurador. É o que fazem os autores que sustentam que, nos seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde, o dano seria «inerente ao evento» pelo que «se presumia *juris et de jure*».⁶⁸⁵ O mesmo se diga de quem defende que, em lugar da natureza económica do interesse, deverá exigir-se nos

682 Aproximo-me neste ponto, como vimos, das teorias da previdência de HUPKA ou de SANTORO-PASSARELLI. Cfr. *supra* o texto junto à n. 527 e a n. 528. E da ideia de MORDI, *Produktkonzept*, p. 85. O autor resume e analisa as duas concepções surgidas, no domínio da economia, em reacção à teoria da prestação em dinheiro (sobre esta cfr. *infra* o texto a seguir à n. 818): (1) a teoria da protecção de seguro (*Versicherungsprodukt als Versicherungsschutz*) de FARNY, *Kostentheorie*, pp. 7-8, e a teoria da informação (*Versicherungsprodukt als Information*) de MÜLLER, *Produkt*, pp. 163-169. A teoria da informação, subproduto da teoria da decisão, resume-se à ideia de que a incerteza se deve a falta de informação. Quem contrata um seguro adquire a certeza que lhe permitirá tomar uma decisão num cenário certo em lugar de num cenário incerto. O produto em que se consubstancia o seguro seria precisamente esta informação. MORDI contrapõe a estas a sua própria teoria da garantia (*Versicherungsprodukt als Garantie*). Sustenta que o seguro corresponde à venda de «informação garantida». A garantia do segurador seria o *output*, o risco do segurado o *input* (p. 90). FARNY, *Fortentwicklung*, p. 868, qualifica todas estas teorias como desenvolvimentos da teoria da necessidade eventual.

683 Já o apontava EHRENBURG, *Interesse*, pp. 12-14. No mesmo sentido, cfr. ainda GASPERONI, *Assicurazione*, p. 65. Em Portugal, cfr. I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 85; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 132.

684 Cfr. *supra* o texto junto às nn. 492 a 563. Sobre o interesse no art. 398.º/ CC, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1465.

685 DONATI, *Trattato II*, p. 26. Cfr., no entanto, o mesmo DONATI, *Trattato II*, pp. 194-195, e DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 143, nas referências à relação económica entre um sujeito e um bem. Também SCALFI, *Assicurazione Danni*, pp. 29-32, defende a inadmissibilidade de avaliação da vida à luz da ideia de interesse, e afirma que a necessidade de recurso a uma ficção, sob a forma de uma presunção *juris et de jure*, seria demonstrativa da inaplicabilidade da exigência de um interesse no seguro de vida. Os autores não tiveram em conta a essencialidade da existência de uma ligação entre a finalidade de satisfação de uma necessidade e a prestação do segurador.

seguros de capitais apenas a seriedade da relação de interesse.⁶⁸⁶ Trata-se de uma falsa alternativa, porque a seriedade respeita à primeira relação – do sujeito com o objecto exposto ao risco primário – seja ele coisa ou pessoa – e a natureza económica concerne à segunda relação – do sujeito com a prestação do segurador.

Como pode o seguro servir para satisfazer uma necessidade se o requisito do interesse se aferir unicamente na relação entre o sujeito e o bem «exposto ao risco», mas já não na relação, tão ou mais importante do que a primeira, entre o sujeito e a prestação que este procura assegurar ao contratar o seguro – a prestação do segurador?⁶⁸⁷ Essa aferição é totalmente alheia à sua própria razão de ser – ou não servirá a aferição da existência do interesse somente para confirmar a presença de uma finalidade de satisfação de necessidade eventual no próprio conteúdo do contrato?

Eu tenho interesse na integridade física de várias coisas que não poderei segurar. Imaginemos que uma delas é, por hipótese, o Teatro Nacional de São Carlos. Evidentemente que não poderei segurá-lo contra um incêndio, e isso apesar de a eventual ocorrência de um incêndio poder vir a prejudicar seriamente a minha fruição da ópera em Lisboa. Não poderei fazê-lo, muito simplesmente, porque o dinheiro que eu própria receberia em nada contribuiria para recuperá-lo. É claro que o que estou impedida de fazer é contratar um seguro por minha própria conta.⁶⁸⁸ Mesmo isso poderia eventualmente fazer, mudando ligeiramente o exemplo. Imagine-se que faço um seguro que me permita ir à ópera em Madrid, na eventualidade de um incêndio destruir o Teatro Nacional de São Carlos. Seria um seguro em que me segurava *a mim própria* contra um risco meu. Pensemos noutro exemplo. Muitas pessoas terão certamente um interesse pessoal na vida da sua estrela de cinema preferida. E poderão até celebrar muitos contratos com vista a beneficiá-la, porque gostam muito dos seus filmes. Mas não poderão celebrar um contrato de seguro sobre a sua vida, pelo menos um de que sejam

686 Cfr. BASEDOW/FÖCK, *Rechtsvergleich*, pp. 56-58, sobre a posição dominante na Alemanha e o Luxemburgo.

687 KRAUSE, *Begriff*, p. 87, afirma peremptoriamente que, porque o seguro realiza a sua prestação indemnizatória mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, conforme o disposto na lei alemã, a desvantagem patrimonial em causa deve, por definição, poder ser pecuniariamente compensada. No mesmo sentido, já EHRENBURG, *Interesse*, p. 12. Note-se, contudo, que em ambos os autores o interesse aparece circunscrito ao domínio dos seguros de danos.

688 Cfr. *infra* o texto junto à n. 2144, sobre a minha possibilidade de celebrar um contrato de seguro a favor de terceiro, mesmo nos exemplos da estrela de cinema ou do Teatro Nacional de São Carlos.

elas próprias seguradas ou beneficiárias, visto que a eventual fatalidade em nada os prejudicaria economicamente – se, de facto, os prejudicasse talvez pudessem fazê-lo.⁶⁸⁹

Em suma, eu posso ter toda a afeição do mundo por alguém, mas se esse alguém morrer eu só justifico o meu interesse – na prestação – se, numa perspectiva *ex ante*, puder vir a ter uma necessidade, objectivamente apreciada, causada por ou associada a essa morte, que possa ser suprida através da prestação do segurador. De contrário, estaria a lucrar com o mal alheio, ainda que este afectasse alguém por quem tivesse afeição, pelo que poderia ser tentada a intervir directamente no desenrolar dos acontecimentos.⁶⁹⁰ Por este motivo se proíbe o seguro sobre a vida de crianças com idade inferior a catorze anos ou de quem sofra de anomalia psíquica, salvo no que respeita às despesas com o funeral.⁶⁹¹ E por este motivo é muito duvidosa, nos planos, quer da qualificação, quer, entre nós, da admissibilidade, a possibilidade de celebração de um seguro para a cobertura de danos morais.⁶⁹²

Vem-nos da análise económica do direito uma explicação adicional para a inexistência, ou quase, de «seguros» destinados a cobrir danos morais, mesmo em matérias em que estes não sejam proibidos.⁶⁹³ De acordo com essa explicação, só nos seguros destinados a cobrir uma necessidade económica, ou seja nos seguros com a finalidade de fazer face a uma súbita diminuição da riqueza do segurado, ou a evitá-la, poderíamos dizer que o valor de um euro num cenário anterior ao sinistro – aquele em que o tomador paga o prémio – tem uma utilidade inferior ao valor de um euro num cenário posterior ao sinistro. Não afectando o sinistro a riqueza do segurado, a circunstância de o prémio não

689 Cfr. *supra* o texto junto à n. 59. Sobre o requisito do consentimento da pessoa segura, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1696.

690 Ponho de parte a hipótese, pouco realista, de um seguro se destinar apenas à compra de flores e à minha própria deslocação ao funeral, caso em que não negaria a sua admissibilidade.

691 Cfr. o art. 14.º/1/d) LCS. Esta proibição surge «porque não se percebe o interesse efectivo num seguro destas pessoas». HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, p. 89. Não, obviamente, por serem menos dignos de estima, mas por se entender que a sua morte não dará azo, em princípio, a uma necessidade económica, salvo no que respeita às despesas com o funeral, que se ressalvam desta proibição (n.º 3). Cfr. ainda *supra* nn. 132 e 443.

692 Pense-se no exemplo do seguro contra o mau tempo nas férias (*Reisewetterversicherung*). Cfr. WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 110-111. É este um seguro por via do qual o segurado recebe uma dada soma por cada dia de chuva durante as suas férias. Cfr. *infra* n. 716.

693 Cfr. CROLEY/HANSON, *Pain-and-Suffering*, pp. 1785-1917, *maxime* pp. 1797-1804.

ser actuarialmente justo impediria o tomador racional de adquirir o seguro, dado que estaria a pagar por algo economicamente menos valioso do que o prémio.⁶⁹⁴

É neste ponto que o conceito de interesse vem acrescentar algo de novo ao conceito de risco para o efeito da determinação do que é o contrato de seguro. Porque, se o conceito de risco já contém em si a ideia de impacto, de desvalor, esta refere-se apenas à primeira destas relações – à relação entre o sujeito e o bem exposto ao risco primário. O que o interesse vem acrescentar de novo é esta consciência de que também se perspectiva no seguro uma relação entre o sujeito do risco e a prestação do segurador, e que é nesta última relação, objectivamente apreciada, que se situa a finalidade de satisfação de uma necessidade eventual.⁶⁹⁵

Já será demasiado restringir, dentro das necessidades económicas, a segurabilidade apenas às de natureza pecuniária. Não vemos que haja justificação para isso *de jure condendo*, e muito menos *de jure condito*.⁶⁹⁶

3.3.2. A suficiência de uma finalidade previdencial estipulada

Vimos que não há seguro sem uma finalidade previdencial estipulada, ainda que, sem o reflectirem no contrato, as partes celebrem o contrato com um intuito previdencial. Falta verificar se a finalidade previdencial estipulada é suficiente para a qualificação como seguro, independentemente da natureza do risco que esteja em causa.

694 CROLEY e HANSON (cfr. *supra* n. 693) contestam este entendimento, maioritário entre os economistas, aventando a hipótese de o mercado não procurar esta espécie de produtos por falta de oferta, mais do que por falta de procura. Note-se que o problema que o artigo analisa não é o do seguro em si mesmo considerado, mas antes o das extrapolações que os teóricos da análise económica do direito fazem deste facto em matéria de responsabilidade civil aquiliana, sustentando, designadamente, que o dever de indemnizar não deveria abranger danos morais, porque as próprias vítimas, se lhes perguntassem, não estariam interessadas em segurar-se contra tais danos. É fundamentalmente contra estas extrapolações que os autores se insurgem. Sobre esta zona cinzenta do direito contratual dos seguros, veja-se ainda *infra* n. 716.

695 Desconsidera-o a doutrina que limita a acção do interesse à primeira das relações. Cfr., por exemplo, BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 466-467.

696 Já MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 274, entendia que a referência a uma necessidade pecuniária era, em ALFRED MANES, demasiado restrita. Cfr. MANES, *VW I*, pp. 2-3. O autor entendia que a necessidade tinha de ser pecuniária, no sentido, muito amplo, de que o sinistro devia ser materialmente desfavorável para o segurado, ainda que, sob outros pontos de vista, este o visse como uma vantagem (dava o exemplo do casamento de uma filha). Mas esta ideia da essencialidade da natureza pecuniária da necessidade no seguro é partilhada por alguns autores mais recentes, designadamente pelo economista LUKARSCH, *Wirtschaftsgut*, p. 959.

Partamos da seguinte hipótese: imaginemos que uma organização internacional se dedica à celebração de (alegados) contratos de seguro cujo objectivo é proporcionar aos segurados, a custo parcial, a possibilidade de assistirem à fase final do mundial de futebol. Cada participante pagaria à cabeça um determinado montante. Todos aqueles cujas selecções passassem à fase final teriam as despesas com a viagem e alojamento integralmente pagas. Os restantes ficariam em casa, por assim dizer, a ver navios. Será isto um contrato de seguro?⁶⁹⁷ Existe, sem dúvida, um risco no sentido próprio da palavra, com todas as características acima analisadas, que podemos, por conseguinte, caracterizar como um risco de seguro. A situação é em tudo semelhante à que subjaz à contratação de um seguro de natalidade: contempla-se a possibilidade de ocorrência de um evento, neste caso feliz, correspondente à passagem da nossa selecção à fase final do mundial de futebol. Esse evento, que pode ou não acontecer, levar-nos-á a fazer algumas despesas que, de contrário, não faríamos, despesas essas susceptíveis de causar um rombo nos orçamentos individuais. Daí o seguro, que nos permitiria satisfazer este gosto a custo certo parcial. Quais as diferenças entre este e o seguro de natalidade?

Duas diferenças se perfilam. Em primeiro lugar, este seguro não se integra facilmente em nenhum dos ramos elencados nos arts. 123.º e 124.º RGES.⁶⁹⁸ O que suscita a questão de saber se existe, no nosso ordenamento jurídico, um *numerus clausus* de contratos de seguro.

A verdade é que em lado nenhum encontramos uma disposição de direito contratual de seguros que limite as instâncias de contratos de seguro aos celebrados no âmbito de um dos ramos aí estabelecidos. Quando a lei proíbe que as condições especiais ou particulares do contrato modifiquem a natureza dos riscos cobertos, tendo em conta o tipo celebrado, a preocupação subjacente é apenas de transparência, proibindo-se que, sob a capa de um tipo de seguro, se contrate na verdade algo que deva na verdade qualificar-se como outro tipo de seguro.⁶⁹⁹ Não se proíbe, no entanto, a contratação de

697 Uma questão parecida é a de saber se pode chamar-se seguro, com propriedade, a um seguro contra eventuais perdas de jogo. LOWRY/RAWLINGS, *Principles & Doctrines*, p. 4, afirmam que os tribunais ingleses tendem a negá-lo, não obstante o contrato se enquadrar na generalidade das definições ou descrições de seguro. Entre nós, não se conhecem posições tomadas a este respeito, na jurisprudência ou doutrina.

698 Com alguma boa vontade, integramo-lo no sub-ramo 16/d) do art. 123.º RGES. Cfr. *infra* n. 772.

699 Cfr. o disposto no art. 45.º/1 LCS. Certamente por lapso de escrita, este preceito não se inclui entre as disposições de natureza «absoluta» ou «relativamente imperativas» (arts. 12.º e 13.º LCS). Talvez se lhe referisse a referência, que tão-pouco se percebe, no art. 13.º/1 LCS, ao art. 46.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 9.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho.

seguros atípicos.⁷⁰⁰ Os próprios preceitos de direito institucional dos seguros que estabelecem a classificação dos seguros por ramos limitam-se a dispor que os ramos enumerados se «incluem» nos ramos «vida» e «não-vida».

Não há dúvidas de que o RGES, e a respectiva regulamentação, foram concebidos a partir do pressuposto de que a lista esgotaria o domínio efectivo da actividade seguradora. Para certos efeitos, designadamente de supervisão da actividade seguradora, admite-se que esse entendimento deva prevalecer.⁷⁰¹ Contudo, na perspectiva de direito dos contratos, que é a de que me ocupo, julgo poder concluir que não vigora a regra do *numerus clausus* das modalidades ou tipos de seguro.⁷⁰² Pelo que, se tivermos de concluir que o nosso «seguro do mundial» não é na verdade um contrato de seguro, teremos de fazê-lo mediante o recurso a outra ordem de argumentos.

700 Cfr., nesse sentido, o preâmbulo da LCS (V). Sustenta VELOSO, *Risco*, pp. 329-331 e 353, que se dirige unicamente à autoridade de supervisão o comando insito no art. 125.º RGES. O autor entende que a norma regula a expressão linguística da decisão administrativa de autorizar o acesso à actividade, e não a tomada dessa decisão. Adiro à sua posição.

701 Pense-se no disposto nos arts. 202.º (crime de prática de actos de seguro sem a devida autorização) e 214.º/a) (contra-ordenação de prática de actos de seguro sem a devida autorização) do RGES. Não se admite outra interpretação destes preceitos que não a de restringir o sentido da expressão «actos de seguro» a algo que se enquadre num dos ramos elencados nos arts. 123.º e 124.º RGES. Entendo ainda que deverá restringir-se a cominação de crime ou de contra-ordenação a entidades de natureza empresarial sobre as quais não se coloque qualquer dúvida de que se encontrariam abrangidas pela proibição de exercício de actividade sem a autorização do ISP. Qualquer outra interpretação seria demasiado indefinida para se considerar conforme, designadamente, ao art. 29.º CRP.

702 VELOSO, *Risco*, pp. 348-354, analisa a questão no domínio do direito institucional de seguros, quer na perspectiva do direito comunitário, que não oferece grandes dúvidas, quer na perspectiva do direito nacional, em que a resposta à questão não é tão evidente. Conclui que, se «não existe, na regulamentação das autorizações administrativas das empresas seguradoras, e para os conceitos de classificação inferiores ao ramo, qualquer princípio de tipicidade que limitasse a autonomia privada» (p. 353), já «[q]uanto aos ramos, do princípio da especialidade e do princípio da autorização por ramo (arts. 8.º, 10.º), reforçados com as restrições postas à exploração de grupos de ramos (art. 128.º) decorre a conclusão de que é vedado à autoridade supervisora autorizar ofertas de contratos de seguros que não sejam subsumíveis nos conceitos legais de ramo.» (p. 350). Mas aponta ainda, embora manifestando-se contra a desvalorização da taxatividade, a existência de uma categoria *catch-all* no ramo 16 («perdas pecuniárias diversas»). Noto que neste ramo se inclui uma referência, muito ampla, à «persistência de despesas gerais», que julgo poder interpretar como algo que extravasa o domínio estrito dos seguros de danos e avança pelo dos seguros de capitais, na medida em que a expressão equivale, para todos os efeitos, a uma referência a toda e qualquer necessidade de natureza económica, o que de certo modo facilita a ultrapassagem desta dificuldade de ordem prática. Seja como for, de disposições de natureza administrativa não poderá retirar-se a vigência de um princípio da tipicidade em direito contratual dos seguros. A questão da tipicidade dos ramos é uma questão que se coloca em geral e não apenas relativamente aos seguros de capitais. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade*, pp. 52-54, refere-se à existência de uma tipologia delimitativa, entre as formas de tipologia taxativa e meramente exemplificativa, que, não admitindo a livre expansão a novos tipos, tão-pouco vedaria toda e qualquer expansão, admitindo a elaboração de novas figuras, desde que análogas a algum dos tipos normativamente previstos. Mas julgo que nem nesse sentido temos base legal para falar numa tipicidade dos contratos de seguro.

O que nos conduz à segunda diferença entre este e o seguro de natalidade: a seriedade do interesse em causa. Deveremos concluir que a aplicação do direito contratual dos seguros pressupõe o reconhecimento de uma necessidade como séria – como «digna de protecção legal»?⁷⁰³ E que, fora do domínio estrito da compensação de danos, a lei terá seleccionado algumas áreas em que a actividade seguradora desempenharia um papel globalmente positivo para a vida em sociedade, a saber, os aspectos relativos às vicissitudes da vida humana que aparecem nalgumas definições legais do contrato de seguro, reservando para essas áreas a especial protecção que confere ao seguro? Já vimos que, noutros ordenamentos jurídicos, a definição legal do seguro remete (i) para o ressarcimento de danos e (ii) para a verificação de um evento ligado à vida humana.⁷⁰⁴ Deveremos concluir pela existência, no nosso ordenamento jurídico, de um limite implícito ao interesse seguro?

O raciocínio é, muito sumariamente, o seguinte: (i) é reconhecida a utilidade económico-social da actividade seguradora; (ii) só este reconhecimento explica a especial protecção legal de que goza o contrato de seguro, face, designadamente, ao jogo;⁷⁰⁵ (iii) essa especial protecção legal traduz-se, desde logo, na sua integral admissibilidade enquanto contrato de direito privado, mas sobretudo (a) na tutela legal do tomador contra os abusos do segurador; e (b) na tutela legal do segurador contra os abusos do tomador; (iv) essa especial protecção legal só se justifica quando esteja em causa um «interesse digno de protecção legal».⁷⁰⁶ Não obstante a sua lógica interna, este raciocínio é de afastar.

Vamos por partes. Examinemos, em primeiro lugar, a última asserção. Neste domínio, é sem dúvida importante ter em conta que, de um modo geral, as classes de seguro que vão

703 Cfr. a referência ao «interesse digno de protecção legal» no art. 43.º/1 LCS.

704 Cfr. *supra* n. 668.

705 Pense-se no disposto, em relação ao jogo, no art. 1245.º CC. C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta*, pp. 29-30, entendem que a razão de política legislativa que subjaz à decisão de não se conceder ao jogo a plena protecção do ordenamento «reside no facto de a lei não querer estimulá-lo por não estar interessada em fomentar a prática de actos sem objectivo sério, por não constituírem uma actividade económico-social merecedora de protecção». No caso do jogo lícito, não por ofender a moral e os bons costumes, mas simplesmente porque «constitui uma actividade em si mesma não produtiva, sem interesse económico, sem justificação social, e, por isso, é apenas fonte de obrigações naturais».

706 Cfr. o art. 43.º/1 LCS. Ainda que se devesse interpretar esta exigência nesse sentido, com o que não posso concordar, parece que sempre se trataria de uma questão a resolver apenas no plano da admissibilidade, e não no plano da qualificação, na medida em que a lei comina com a nulidade o contrato celebrado sem um interesse «digno de protecção legal». Sobre esta, cfr. os argumentos aduzidos *infra* no texto a partir da n. 1465.

para além do ressarcimento de danos, em sentido estrito, incidem sobre males socialmente reconhecidos, e que poderiam ser – e por vezes são – tratados por sistemas públicos de segurança social.

Veja-se o exemplo do chamado seguro escolar – um entre muitos mecanismos de solidariedade social existentes no nosso direito da segurança social.⁷⁰⁷ O seguro escolar destina-se a garantir a cobertura financeira dos danos resultantes de acidente escolar.⁷⁰⁸ Neste exemplo, nem temos contrato, nem empresa de seguros. O «segurador» é o próprio Estado. O diploma que o estabelece foi redigido segundo a técnica utilizada na actividade seguradora. A terminologia usada é própria da actividade seguradora. Simplesmente, analisando-se de perto o conteúdo deste diploma, facilmente se conclui não se estar perante um contrato de seguro.⁷⁰⁹ O valor do prémio e o valor da indemnização em caso de sinistro estão indexados ao valor do salário mínimo nacional.⁷¹⁰ Estão isentos do pagamento de prémio os alunos a frequentar a educação pré-escolar e a escolaridade obrigatória, bem como os alunos deficientes.⁷¹¹ E os recursos financeiros resultantes do encaixe dos prémios constituem receita das direcções regionais de educação.⁷¹² Não podemos relacionar prestações numa perspectiva elementar. Na verdade, o «prémio» só simbolicamente é associado a este «seguro» disponibilizado pelo Estado.

Retomemos o exemplo do «seguro do mundial» e acrescentemos-lhe o exemplo, de há pouco, do «concurso de nascimentos».⁷¹³ Fica-se de imediato com uma noção mais nítida

707 Cfr. a P n.º 413/99, de 8 de Junho, que aprova o Regulamento do Seguro Escolar, regulamentando o DL n.º 35/90, de 8 de Junho, que definiu um conjunto de modalidades de acção social escolar, entre elas o seguro escolar.

708 Conforme definido no art. 3.º da P n.º 413/99, de 8 de Junho.

709 Será um exemplo do chamado «seguro social». FONTAINE, *Assurances*, p. 54, opina que o critério essencial de demarcação entre o seguro privado e o seguro social é o da solidariedade: nos segundos não há correlação entre contribuição e prestação. Distingue-se o seguro privado, baseado na mutualidade, e o seguro social, baseado na solidariedade. Neste sentido, cfr. Ac. TJCE 17.02.1993; Ac. TJCE 16.11.1995; e Ac. TJCE 26.03.1996. Cfr. HAX, *Wesen*, pp. 48-57. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 101 m. 14, pelo contrário, sustentava que não haveria diferenças materiais entre o seguro privado ou individual e o seguro social. Sobre o tema veja-se, em Portugal, o *Seguro Social* de SÉRVULO CORREIA. Note-se que, por vezes, a expressão era usada com um sentido distinto. Cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 23-24 (que falava em «seguros sociais» e em «seguros privados» no sentido, respectivamente, de seguros obrigatórios e voluntários).

710 Arts. 11.º/2 e 28.º/2 da P n.º 413/99, de 8 de Junho.

711 Art. 28.º/4 da P n.º 413/99, de 8 de Junho.

712 Art. 28.º/3 da P n.º 413/99, de 8 de Junho; e P n.º 727/93, de 12 de Agosto.

713 Cfr. *supra* o texto junto à n. 677.

de como a fronteira entre o seguro e o jogo pode ser fluida. Já disse que o seguro se distingue conceptualmente do jogo pela estipulação de um interesse (i) na relação entre o sujeito e o bem exposto ao risco primário; e (ii) na relação entre o sujeito do risco e a prestação do segurador – a finalidade de satisfação de uma necessidade eventual. Isto, no plano da qualificação de um contrato como um seguro. Subsequentemente, no plano da sua admissibilidade, ter-se-á que olhar para além do texto contratual, uma vez que, inexistindo na realidade um interesse, o contrato será nulo, se o interesse já não existia aquando da contratação, ou cessará os seus efeitos, se a falta de interesse for superveniente.⁷¹⁴

Regressando ao plano da qualificação, a questão que coloco é a de saber se, ao traçar a fronteira entre os domínios do seguro e do não-seguro, a identificação de um qualquer interesse bastará para colocar um contrato no primeiro. A justaposição destes dois exemplos é útil na medida em que os casos são opostos. No primeiro, temos um tema habitualmente tido como próprio do jogo – uma ida ao futebol – estipulado pelas partes como um seguro. No segundo temos um tema facilmente enquadrado entre os de seguro – o nascimento de uma criança – tratado pelas partes como um jogo. O que deve prevalecer para a qualificação? A estipulação das partes? Ou a natureza do interesse em causa?

Repito que a questão é distinta da acima tratada da existência de um *numerus clausus* de contratos de seguro. A questão é a de saber se há, na lei, uma exigência de seriedade do interesse, cujo tratamento expresso o regime legal limite a alguns grandes marcos da vida humana, mas que poderemos estender a outros casos, de seriedade isenta de dúvida, como o da educação. Na prática não acontece serem tratados como riscos, sendo mais depressa cobertos por um «seguro» de capitalização, mas em teoria não pode rejeitar-se a celebração de um verdadeiro e próprio contrato de seguro relativo à educação universitária dos filhos. Por exemplo, caso o filho prossiga estudos superiores, conseguindo entrada numa universidade de elevada reputação, esses estudos serão total ou parcialmente suportados pelo segurador mas, se o filho nunca se encontrar nessas condições, o tomador perde o valor dos prémios até então pagos sem nada receber em troca.

⁷¹⁴ Cfr. os arts. arts. 43.º/1 e 110.º/1 LCS.

Tudo visto, entendo que da interpretação da lei, no seu conjunto, não decorre qualquer exigência de seriedade do interesse em causa, pelo menos no plano da qualificação de um contrato como um seguro. No plano da admissibilidade do contrato, o sentido que atribuo à «dignidade de exigência legal» a que a lei aqui faz referência é o mesmo que atribuo à expressão, nas duas ocasiões em que ela é usada no Código Civil. Julgo que é inequívoco o paralelo que pretendeu estabelecer-se, sendo, de resto, plenamente válidos, nesta sede, os argumentos aplicáveis à mesma discussão, a propósito do Código Civil. Aqui como ali, nada mais se exige do que uma efectiva juridicidade. No que concerne ao regime jurídico do contrato a favor de terceiro, veremos que este requisito se traduz na exigência de um verdadeiro efeito atributivo do estipulante para o terceiro. Em sede de contrato de seguro, pode dizer-se que o requisito se traduz na exigência de que quem aparece como segurado o seja realmente, e não um mero testa-de-ferro. Remeto para aquela discussão, a que, por razões evidentes, deverá dar-se precedência, bem como, no que a esta exigência legal diz respeito, para a análise que dela farei adiante.⁷¹⁵

Qualifico, por conseguinte, como um seguro o exemplo futebolístico, dada a finalidade previdencial estipulada, e como um jogo o exemplo natalício, onde a finalidade estipulada será antes lúdica – em ambos os casos, simplesmente porque resulta da interpretação do contrato que as partes assim o estipularam. Escusado será dizer que a *estipulação* pelas partes é diferente da mera *qualificação* pelas partes. A conclusão relativa ao que as partes estipularam corresponde à determinação do texto contratual, que pode – ou não – encontrar uma correspondência no que as partes entenderam chamar ao contrato. Em Portugal, desconheço exemplos práticos de seguros de capitais que extravasem o domínio dos referidos marcos da vida humana, mas um exemplo real daquilo a que me refiro será, porventura, o «seguro» contra o mau tempo nas férias.⁷¹⁶

715 Cfr. *infra*, respectivamente, o texto a partir das nn. 1465 e 2124.

716 *Reisenwetterversicherung* ou *Reiseregenversicherung*. Sobre esta modalidade de «seguro», cfr. ROMMEL, *Reiseregenversicherung*, pp. 329-346; ou WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 110-111. Há ainda uma variação deste seguro: o seguro contra a falta de neve nas férias (*Schneemangelversicherung*). Entre nós, os exemplos reais de seguro de encurtamento ou cancelamento de viagens que pude analisar configuram-se como seguros de danos, limitando-se ao reembolso das despesas comprovadamente feitas pelo segurado. Também alguma doutrina alemã procurou enquadrar o seguro contra o mau tempo nas férias no seio dos seguros de património, com base na prática da indústria estabelecer um apertado intervalo entre valores mínimos e máximos para os capitais aí seguros, calculados tendo em atenção as despesas normalmente efectuadas pelos segurados com as suas férias, por forma a diminuir o risco de especulação com esta modalidade de seguro. Cfr. ROMMEL, *Reiseregenversicherung*, p. 337. Entendo, todavia, que estas características do «seguro» não são suficientes para o transformar num seguro de danos. Ainda que a figura se configure em moldes que nos permitam qualificá-la

A figura, nascida nos anos vinte do séc. XX em Londres, determina o recebimento de uma dada soma por cada dia de chuva que ocorra durante as férias do segurado. Este contrato oferece grandes dúvidas quanto à sua qualificação como um seguro, não tanto pela falta de seriedade do interesse – comum ao «seguro do mundial» – mas pela inexistência de uma necessidade económica a que pudesse estar associada a prestação do segurador – problema que não existe no «seguro do mundial». Com efeito, este «seguro» caracteriza-se mais por corresponder a um verdadeiro mecanismo de *«hedging psicológico»*, dado que é subscrito pelo turista previdente que, não colocando todos os ovos no mesmo cesto, se assegura de que, aconteça o que acontecer, terá sempre algum motivo de alegria resultante, ou das suas férias, ou da percepção de uma compensação pecuniária pela eventual fraca qualidade das suas férias, exactamente como faz o militante ou o adepto que, de forma sistemática, apostam a dinheiro contra o seu partido ou o seu clube.

O mesmo raciocínio tem aplicação a todos os «seguros» para cobertura de danos morais. Longe de mim pôr em causa a sua ressarcibilidade em sede de responsabilidade civil.⁷¹⁷ Contudo, no que aos seguros diz respeito, afigura-se-me absolutamente essencial traçar a fronteira entre as prestações, próprias dos seguros, que visam minimizar as consequências negativas de um sinistro, e aquelas que, distintamente, visam simplesmente compensar tristezas com alegrias: estas últimas, a meu ver, integráveis no conceito, que proponho, de *«hedging psicológico»*. A questão é apenas de qualificação: não ponho em causa a admissibilidade de contratos que cubram estes danos mas somente a sua qualificação como verdadeiros seguros.

3.3.3. A desnecessidade de outros elementos distintivos

Foram analisados até agora os conceitos de risco e de interesse, essencialmente enquanto notas necessárias num contrato de seguro, no plano da qualificação, mas sem esquecer, evidentemente, o seu papel enquanto requisitos de validade e eficácia do contrato. Neste

como um verdadeiro seguro, será quando muito uma figura híbrida entre os seguros de danos e os seguros de capitais. Quanto às dúvidas relativas à sua qualificação como um seguro, cfr. *supra* o texto junto à n. 691.

717 Evidentemente que os danos morais de terceiros lesados serão plenamente ressarcíveis pelo segurador de responsabilidade civil, salvo estipulação em contrário. O que se discute é a segurabilidade dos danos morais do próprio segurado, em «seguros», que não os de responsabilidade civil, directamente destinados a cobri-los.

ponto do estudo, passar-se-á em revista, rapidamente, algumas outras teorias desenvolvidas pela doutrina em acréscimo ou em substituição das referências ao elemento risco e/ou ao interesse para a delimitação do contrato de seguro.

Já foi dito, mais de uma vez, que o seguro nasceu e se desenvolveu numa luta constante contra algumas outras figuras de queurgia afastá-lo ou pelo menos delimitá-lo – entre as quais sobressai largamente o jogo. Fi-lo, até agora, por via dos conceitos de risco e de interesse. Mas há quem tente um outro modo de ir ao fundo da questão, partindo da ideia de que, se é fundamental distinguir o seguro do jogo, bem como de outras figuras, o motivo da necessidade de tal distinção está na circunstância de o seguro ser um modo socialmente positivo de gerir o risco. É isto que explica o favor do regime legal do contrato de seguro por comparação, designadamente, com o jogo.⁷¹⁸ A regra geral é a da invalidade do jogo, embora exista legislação extravagante com regimes especiais em cujos limites o jogo é válido e eficaz.⁷¹⁹ O favor com que o ordenamento jurídico encara o seguro vai, todavia, muito além da sua mera admissibilidade como um contrato potencialmente válido e eficaz, desde logo pelos seguros obrigatórios. Existem ainda inúmeras disposições legais protectoras da actividade seguradora, que subsistem numa época em que está na ordem do dia a protecção do consumidor.⁷²⁰

É claro que me posiciono, também agora, no plano da qualificação, e não no da admissibilidade do contrato de seguro. A questão é apenas de fronteira: limito-me a procurar saber até onde podemos afirmar que um contrato é um seguro, e a partir de onde passamos a ter de qualificá-lo como um não-seguro. Ainda que a consequência seja a aplicação, neste último caso, de um regime legal porventura menos benéfico, a conclusão pela invalidade ou eficácia limitada de um tal contrato só poderá resultar da aplicação desse outro regime legal, cuja análise extravasa o âmbito deste estudo. A fronteira sobre a qual me debruço não é, por conseguinte, a fronteira da admissibilidade,

718 Cfr. os arts. 1245.º e 1247.º CC.

719 Cfr. *supra* n. 88.

720 Para alguns exemplos, entre muitos, veja-se o disposto nos arts. 24.º a 26.º, 93.º e 94.º e 189.º LCS. Extravassando o âmbito do direito contratual dos seguros, encontramos ainda, para além de outras normas de protecção, normas que criam verdadeiros incentivos à contratação de seguros. Cfr., por exemplo, o art. 15.º EBF, o art. 40.º do CIRC e o art. 86.º CIRS (nas partes respeitantes à contratação de seguros de vida, de saúde e de acidentes pessoais). Para um resumo, já não inteiramente actualizado mas suficientemente ilustrativo, das principais vantagens decorrentes do tratamento fiscal concedido a certos contratos de seguro, veja-se VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 325-327.

mas antes a fronteira da qualificação, ficando ainda por responder a questão do regime a que sujeitar os contratos que se conclua não corresponderem a um seguro. O que não significa que não procuremos analisar a razão de ser da sua admissibilidade.

«A decisão mais fundamental que o legislador teve de tomar a respeito da actividade seguradora foi a de delimitar a sua legalidade. Teoricamente, poderia ter-se recusado a validar qualquer parte, ou grandes partes da indústria de seguros. O alcance dos limites de validade aceites é um testemunho evidente da importância das necessidades sociais satisfeitas pelos seguros.»⁷²¹

Contemplemos brevemente as razões pelas quais o seguro é um modo socialmente positivo de gerir o risco. Na perspectiva da colectividade, entre os benefícios sociais da actividade seguradora está o permitir, globalmente, otimizar os riscos económicos que os seus membros correm.⁷²² Com efeito, a actividade seguradora dá azo a uma redução dos custos associados a certos bens e serviços, e à disponibilização de outros que, de contrário, não estariam de todo disponíveis. Isto porque, de um ponto de vista económico, quanto mais arriscada for uma dada actividade, maior deverá ser o retorno prometido a quem nela embarque para que haja apetência para investir nessa actividade. Ora, a actividade seguradora reduz a quantidade total do capital posto de lado sob a forma de reservas para se fazer face a esse risco, aumentando o capital disponível para o investimento, e diminui assim o retorno necessário para tornar aliciantes certas actividades, reduzindo os preços dos correspondentes bens e serviços, e tornando disponíveis outros que, de contrário, não o estariam.⁷²³ Um bom exemplo disso estará na

721 KIMBALL, *Public Policy*, p. 8.

722 SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 41-42 e 66; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 44-45 m. 15, fala no cumprimento de uma função de optimização do risco.

723 Neste sentido, SINN, *Bedeutung*, pp. 15-25. FONTAINE, *Assurances*, pp. 20-23, sustenta que a sua função reparadora transforma o seguro num factor de segurança muito importante na vida de cada um. Permite-nos, não somente suportar com maior facilidade, e com um estado de espírito mais descansado, os riscos ordinários da nossa existência, mas também assumir novos riscos, que de contrário teríamos receio de assumir. O seguro seria assim um factor de progresso técnico. Numerosas actividades de risco não seriam desenvolvidas sem o seguro: a exploração de novas formas de energia, a utilização de novos meios de transporte, a edificação de vastos complexos comerciais e industriais, a conquista do espaço. O seguro favorece a inovação ao reduzir os riscos que correm os empreendedores de novas iniciativas e os respectivos financiadores. No mesmo sentido, HEAD/ELLIOTT/BLINN, *Essentials*, pp. 164-177. Cfr. ainda o clássico CHAUFONTON, *Assurances*, pp. 295-310; HÉMARD, *Assurances Terrestres II*, pp. 647-757; e, mais recentemente, ALBERT, *Rôle*, pp. 3-26, sobre o «importante papel moral, económico e social» desempenhado pela actividade seguradora.

prática de certas especialidades da medicina, que, no entendimento de alguns autores, se tornariam cada vez mais arriscadas, do ponto de vista financeiro, não fora a massificação do seguro de responsabilidade civil – isto nos EUA.⁷²⁴

No plano individual, há que ter em conta que, ao contratar um seguro, o tomador-segurado adquire sobre um dado aspecto da realidade uma certeza que antes lhe faltava e que lhe permite tomar uma decisão num cenário certo em lugar de tomar uma decisão num cenário incerto. Segundo a teoria da informação, subproduto da teoria da decisão, o produto seguro corresponderia a esta informação pela qual se pagaria um custo certo parcial.⁷²⁵ Numa linha semelhante de raciocínio, há quem sustente que, do ponto de vista elementar, ao lado da função de previdência, estão também presentes no seguro as funções de liquidez e de «inovação», esta última com o sentido de um aumento da predisposição para o risco.⁷²⁶

Por fim, o seguro talvez desempenhe ainda um papel digno de nota no domínio da prevenção dos sinistros, por via da inserção, nas respectivas condições gerais, de algumas cláusulas que fazem impender sobre o segurado numerosas obrigações de prevenção, e certificando-se do respectivo cumprimento.⁷²⁷

Houve quem chamasse a atenção para que, subjacente ao seguro, estaria uma questão central de justiça, de que a religião e a filosofia sempre se ocuparam: a questão da (re)distribuição da fortuna e do infortúnio no seio de uma comunidade. Ao tomar pouco de muitos para o distribuir pelos poucos que dele mais carecem, o seguro não seria senão «justiça distributiva em acção».⁷²⁸ Justiça distributiva resultante directamente do funcionamento do mercado:

«O seguro foi o mecanismo por via do qual os custos sociais foram sendo empurrados para a contabilidade privada dos empreendedores. Foi assim um instrumento chave na transformação da sociedade de *laissez faire* numa

724 Cfr. GREENE/TRIESCHMANN, *Risk and Insurance*, pp. 3-4 e 26-29.

725 Cfr. MÜLLER, *Produkt*, pp. 163-169.

726 Cfr. SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 37-41; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 44-45 mm. 14-16.

727 FONTAINE, *Assurances*, p. 23, dá os exemplos do seguro de incêndio e do seguro de acidentes de trabalho, em que tais cláusulas assumem maior relevância. Contudo, não devemos esquecer-nos de que a contratação de um seguro também pode ter o efeito inverso, como se viu a propósito do «risco moral». Cfr. *supra* o texto a partir da n. 209.

728 LOOSCHELDERS, *Zufall*, pp. 533-537.

sociedade que, enquanto todo organizado, assume muitos dos riscos que o mercado não regulado deixa aos indivíduos. (...) Desde uma data surpreendentemente recuada, o seguro foi olhado, mesmo pelos profissionais do sector, como uma actividade com um certo componente de interesse público. A certa altura, começaram a aparecer indicadores de que o direito poderia tratar os seguros como um verdadeiro serviço público, mesmo no sentido de um segurador ter de fornecer o seu produto a todos quantos o procurassem.»⁷²⁹

Em suma, de uma atitude social e estatal de profunda desconfiança relativamente à actividade seguradora, dada a sua assimilação ao jogo, e mais tarde relativamente a certas classes de seguros, mormente os de responsabilidade civil, dado o aparente distanciamento por estes provocado entre o prevaricador e as consequências dos seus actos ou omissões, evoluiu-se para uma valorização da actividade seguradora de tal ordem que alguns dos seus produtos são já quase encarados como bens de primeira necessidade, havendo mesmo quem afirme estarmos actualmente a viver a «era dos seguros».⁷³⁰

Para alguns autores, a utilidade social da actividade seguradora obrigar-nos-ia a distinguir o contrato de seguro, não somente do jogo, mas também das demais formas de (re)distribuição do risco, na medida em que o nosso ordenamento jurídico, como a generalidade, conferiria a certas outras formas de (re)distribuição do risco um tratamento jurídico menos generoso, sendo essencial ter em conta o que subjaz a todos estes benefícios sociais da actividade seguradora para delimitar o âmbito de aplicação do seu regime jurídico, não sendo legítimo aplicá-lo a outras formas, menos positivas, de redistribuição. Seria este o elemento chave para distinguir o contrato de seguro em sentido próprio dos restantes mecanismos contratuais de redistribuição de risco – como as cláusulas de limitação e de exclusão ou de assunção de responsabilidade e as demais

⁷²⁹ KIMBALL, *Public Policy*, pp. 304-305.

⁷³⁰ KIMBALL, *Public Policy*, p. 30. O filósofo francês FRANÇOIS EWALD concebe o funcionamento do seguro, e o princípio, que lhe subjaz, do domínio do acaso através da lei dos grandes números, como o núcleo real da sociedade moderna. Cfr. EWALD, *L'État Providence*, pp. 225-227 e 342-405; e *Insurance and Risk*, *maxime* p. 210. Sobre esta sua concepção, cfr. ainda a análise de LOOSCHELDERS, *Zufall*, pp. 537-539. Sobre as discussões em torno da proibição de certas atitudes discriminatórias dos seguradores, a que subjaz a ideia de que, actualmente, alguns seguros teriam quase um estatuto de bens de primeira necessidade, cfr. *supra* nn. 207 e 287 (cfr. em especial as referências às posições de DWORKIN).

formas de repartição dos riscos contratuais – como é o caso da transportadora que assegura o ressarcimento dos danos em bens transportados – da parte ou de terceiro – em troca de uma remuneração adicional.

GEORGE HEAD distingue as «transferências de risco» próprias do seguro (*insurance risk transfers*) das «transferências de risco» estranhas ao seguro (*noninsurance risk transfers*) com base em que, nas primeiras, o «receptor» do risco actua como segurador, isto é, tem o propósito de atingir o lucro através da compensação do risco, enquanto nas segundas, se o risco é assumido, isso acontece acessoriamente a uma outra operação negocial, que constitui o verdadeiro objecto ou causa da sua actividade, e é dessa operação, e não da assunção de risco, que espera tirar o seu lucro.⁷³¹ ANA PRATA, a propósito da distinção entre o seguro de responsabilidade civil e as cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade, em que o potencial lesado aceita assumir o risco de dano a troco de uma vantagem consubstanciada na (suposta) redução do preço observa que, nestes casos, o credor não constitui uma empresa organizada em função da assunção de uma massa de riscos da mesma natureza e da sua compensação, nem se obtém por essa forma a distribuição do encargo entre aqueles que criam ou aproveitam a situação de risco em causa, argumento em seu entender decisivo na evolução permissiva do seguro seria o das suas «vantagens sociais», pela acrescida garantia de reparação que proporciona aos lesados.⁷³² Diria eu que o mesmo raciocínio vale para os casos de assunção do risco pelo potencial lesante ou, não se tratando de responsabilidade civil, pela parte que normalmente não o suportaria.

É evidente que a utilidade social do seguro está na origem da importância histórica e actual da distinção entre o seguro e o jogo, e entre o seguro e a grande maioria dos demais mecanismos de gestão do risco. Mas é importante perceber o que subjaz a essa utilidade social. Esta só existe, de um ponto de vista individual e colectivo, se o segurador estiver em melhores condições de gerir o risco do que o segurado. Já vimos que assim acontece,⁷³³ mas esta capacidade não decorre, automaticamente, da assunção por uma

731 HEAD/ELLIOT/BLINN, *Essentials*, pp. 287 e 300-318. Sobre esta distinção, veja-se VELOSO, *Risco*, pp. 295-302. Cfr. ainda GOLLIER, *Valeur*, pp. 467-470.

732 Neste sentido, ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão*, pp. 167-172. Cfr. MEHR/CAMMACK, *Principles*, pp. 29-30. Cfr. ainda PINTO MONTEIRO, *Cláusulas de Exclusão*, pp. 133-135; VELOSO, *Risco*, pp. 295-302; e ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 59-64 e 69; e *Relatório*, pp. 13-15 e 97.

733 Cfr. *infra* o texto junto à n. 275.

determinada entidade da posição de segurador num dado contrato. E tão-pouco decorre do tratamento actuarial do risco, embora este constitua uma garantia adicional de confiança do mercado na solvabilidade do segurador. A natureza socialmente positiva do seguro encontra-se, sobretudo, na mutualização, ou seja, na compensação dos riscos no seio de uma dada colectividade, quer esses riscos sejam quer não sejam objecto de um tratamento actuarial.⁷³⁴ O tratamento científico do risco apenas potencia os efeitos positivos do seguro, tal como o faz a existência de supervisão, ao contribuir para assegurar a capacidade financeira necessária para suportar as despesas decorrentes da mutualização. Daí a importância, para esta destrição, do exemplo do mercado do Lloyd's de Londres. O seu exemplo, sobretudo nos primórdios da sua evolução, permite a conclusão de que o seguro já era genericamente visto com bons olhos, embora esse sentimento ainda não fosse unânime, numa época em que a técnica ainda não permitia o tratamento científico do risco.⁷³⁵ Afastando então a técnica actuarial, fica-nos o fenómeno da mutualização. O que pretendo neste ponto é averiguar se a mutualização será mais uma nota necessária no contrato de seguro.

Afirmam vários autores que os conceitos de risco e de interesse nos permitiriam distinguir, «funcionalmente», o seguro do jogo – como o demonstrou a teoria da necessidade eventual – mas não nos permitiriam distingui-lo dos restantes contratos de gestão de risco, não permitindo, designadamente, separá-lo adequadamente do contrato de garantia autónoma.⁷³⁶ A sua ideia é a de que o seguro só se distinguiria de tais contratos tendo em conta o modo de gestão do risco que lhe é próprio: a mutualização ou, numa expressão que veio a disseminar-se, a organização de uma «comunidade de riscos».⁷³⁷ Neste sentido, muitas das teorias relativas à natureza do contrato de seguro

734 Cfr. os arts. 4.º/1, 7.º/1/b), 22.º/2 e 23.º RGES. Sobre os diversos tipos de compensação de riscos, designadamente a agregação e a dispersão de riscos, e os distintos modos como estas se tornam vantajosas, cfr. *supra* n. 275.

735 Actualmente, os avanços da ciência actuarial ainda não permitem tratar sistematicamente todos os riscos que são, na prática, cobertos por contratos de seguro. Cfr. SILVA SANTOS, *Seguro de Crédito*, pp. 134-135 e 180-186. A autora observa que, se se exigir o «elemento técnico» para a qualificação de um contrato como um seguro, o seguro de crédito não poderia ser assim qualificado (p. 180).

736 Neste sentido, KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 pp. 205 e 210 mm. 6 e 25. Sobre a distinção entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, cfr. *infra* o texto junto à n. 1134.

737 Como exemplo desta posição, temos SCHMIDT-RIMPLER, *Begriff*, p. 502, que sustentava que, para além da finalidade de conservação do património, seriam elementos do contrato de seguro (i) o seguimento de um plano (*Planmäßigkeit*); e (ii) a construção de uma «comunidade de riscos» (*Gefahrgemeinschaft*). Assim distinguia o seguro dos contratos de fiança, de garantia autónoma e de renda vitalícia. O autor é seguido de perto por DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 49-51, que, no entanto, distingue o «elemento funcional» do seguro dos «pressupostos objectivos» para a existência de um

fazem de algum modo referência, normalmente em associação com outros elementos – designadamente o risco e o interesse – ao elemento colectivo do seguro como pressuposto de funcionamento da lei dos grandes números.⁷³⁸ Com efeito, de uma perspectiva estritamente económica, é da essência da actividade seguradora, enquanto actividade dirigida ao lucro, o efeito de compensação dos riscos numa dada mutualidade. A questão que se coloca é, todavia, se, numa perspectiva jurídica, o elemento colectivo do seguro, ou os seus reflexos no texto contratual, são necessários ao tipo do seguro.

O Supremo Tribunal Federal dos EUA assim o entende, afirmando que dois dos elementos principais do contrato de seguro seriam (i) a transferência do risco (o aspecto individual do seguro) e (ii) a distribuição do risco (o aspecto social do seguro).⁷³⁹ A mesma posição foi já veiculada, repetidas vezes, pelo BGH:

«[E]xiste uma relação contratual de seguro quando alguém se vincula, como segurador, em troca de uma contrapartida, a fornecer a outrem – o tomador ou o segurado – uma prestação de valor patrimonial, em caso de verificação de um evento incerto, cujo risco (*Risiko*) económico é distribuído por uma pluralidade de pessoas ameaçadas pelo mesmo risco (*Gefahr*), e a assunção do risco (*Risiko*) assenta num cálculo baseado na lei dos grandes números.»⁷⁴⁰

Na doutrina, será conveniente recuar até à chamada «teoria da empresa», nas suas diversas cambiantes. Esta teoria foi inicialmente desenvolvida por VIVANTE.⁷⁴¹ Partindo da ideia de

contrato de seguro (p. 34). Outro exemplo é JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 72 m. 2. JÜRGEN PRÖLSS segue, quanto à «função» do contrato de seguro, os ensinamentos de SCHMIDT-RIMPLER. Quanto ao modo como esta seria desempenhada, cfr. pp. 75-76. Cfr. ainda DEUTSCH, *VVR*, pp. 8-9.

738 EHRENBURG, *PVR*, p. 4; SIEG, *Grenzfälle*, p. 503; RICHTER, *PVR*, p. 46; e WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 29, para quem «[o] seguro é necessariamente um negócio de massas». DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 34-35, chama a este pressuposto, nas suas diversas formulações, a «referência polipessoal» (*der polypersonale Bezug*).

739 CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, p. 5. O acórdão relevante é *Group Life & Health Ins Co v Royal Drug Co* (1979), p. 211. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 14, afirmam que é a característica da distribuição do risco que separa os contratos de seguro dos demais.

740 BGH 12.03.1964, p. 498. A definição aparece ainda em decisões mais recentes, como BVerwG 12.05.1992 ou BGH 29.09.1994. Cfr. WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 4. Cfr. outras referências jurisprudenciais em HOFMANN, *PVR*, p. 4; KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, p. 205 § 1 m. 7; RÖMER, em RÖMER/LANGHEID, *VVG*, p. 108 § 1 m. 2; e BK/DÖRNER, «Einleitung», p. 16 m. 41.

741 VIVANTE, *Contratto di Assicurazione* (1922), pp. 8-12; e *Trattato* (1926), pp. 338-339 (*teoria dell'impresa*). Note-se que, de início, manifestara posição contrária a esta. Veja-se ainda a obra precursora de STAUDINGER, *Rechtshre*, pp. 70-73. Em Portugal, na esteira de VIVANTE, veja-se MARCELLO CAETANO, *Anotações*, p. 130.

mutualidade, esta doutrina valorizou no plano jurídico as bases técnicas da actividade seguradora, elevando a requisito essencial do conceito de contrato de seguro a organização empresarial própria de um segurador, que lhe permite a celebração constante e sistemática de contratos de seguro.⁷⁴² Em suma, o argumento seria o de que, sem as bases técnicas da actividade seguradora, os contratos que se celebram, ainda que aparentemente corresponder a seguros, ficam de tal forma descaracterizados que as respectivas partes já não poderiam qualificar-se como «segurador» e «tomador do seguro».⁷⁴³

Entre os defensores da teoria da empresa, nos seus diversos matizes, há quem sustente que, numa perspectiva jurídica, a unidade do contrato de seguro estaria na noção técnica de prémio de seguro. A empresa não seria um simples pressuposto subjectivo do contrato de seguro, antes teria um relevo causal, na medida em que a sua função consistiria em consentir a inserção do risco singular assumido pelo segurador numa massa de riscos homogéneos, possibilitando, por um lado, o cálculo estatístico do prémio e, por outro, a neutralização do risco inerente ao contrato singular.⁷⁴⁴

742 BUTTARO, *Moderni Orientamenti*, pp. 283-284, fazia notar que o próprio VIVANTE nunca chegou a afirmar textualmente que o requisito da empresarialidade seria idóneo para definir o próprio contrato de seguro, dado que caracterizava o contrato celebrado isoladamente como anacrónico mas não como um não-seguro ou sequer como um seguro nulo. Tudo o mais foi da lavra da doutrina posterior a VIVANTE. Note-se, todavia, que, de certa forma, este elemento já estava subjacente à clássica definição do seguro da autoria de CHAUFTON (*supra* n. 91). Cfr. ainda CHAUFTON, *Assurances*, pp. 4 e 217-221. O autor fez referência ao requisito da mutualidade, analisando a mutualidade consciente – existente nas sociedades mútuas de seguros – e a mutualidade inconsciente – que carecia da intermediação das sociedades anónimas de seguros. Acrescentou que o seguro de caso isolado não seria um verdadeiro seguro mas antes um jogo, salvo se se tratasse do auto-seguro de um indivíduo com um património suficientemente significativo: designadamente, o proprietário de dezenas de navios, ou de casas, que colocasse o que consideraria os seus prémios numa única conta, que serviria para custear as despesas de reparação dos bens sinistrados.. Mas o contexto em que o autor se encontrava era o da definição económica e social do seguro. Veja-se ainda a definição de MANES, *VWI*, p. 2 (*supra* n. 91).

743 Neste sentido, JABORNEGG, *Wesen*, p. 569, que considera o elemento organização empresarial entre os elementos constitutivos do contrato de seguro, distinguindo-o de outros negócios com ele aparentados, como a garantia autónoma, a fiança ou a renda vitalícia, não no sentido de que estes não seriam celebrados por empresas, mas no sentido de que a organização empresarial dos seguradores é distinta da organização empresarial dos bancos e de outros agentes económicos, dado que só ela se baseia na teoria das probabilidades e no funcionamento da lei dos grandes números. Entre nós, cfr. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 242 (que qualifica o seguro como um contrato de empresa).

744 Neste sentido, DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 101-106. Note-se que esta será, quando muito, a posição do «novo» DONATI. Não se encontra nada de parecido nos vários volumes do *Trattato* de DONATI. O autor já dizia, no entanto, que, embora a transferência isolada de um risco também tivesse a função de preparar, a custo parcial, a riqueza necessária à satisfação de uma necessidade eventual, podendo por conseguinte qualificar-se, juridicamente, como um fenómeno de seguro, sem a empresarialidade, haveria apenas uma substituição do risco coberto pelo seguro pelo risco de

A conclusões semelhantes chega a chamada «teoria da comunidade de riscos».⁷⁴⁵ A diferença entre esta e a anterior está na desnecessidade da organização empresarial propriamente dita: necessária seria a existência de um colectivo de riscos ou, pelo menos, o respectivo planeamento.

«É da essência do seguro a reunião de uma *pluralidade* de indivíduos expostos a risco idêntico: com as suas contribuições se constituirá o fundo destinado a cobrir o total das necessidades que vierem a apresentar-se. Só assim se consegue o objectivo desejado, que é substituir um sacrifício eventual mas grande por outro certo mas pequeno. O seguro isolado não seria verdadeiro seguro: seria uma aposta.»⁷⁴⁶

Alguns dos defensores desta teoria fazem a precisão de que o essencial não seria a existência, mas antes o planeamento da comunidade de riscos.⁷⁴⁷ A questão da existência

insolvência do segurador, do lado do segurado, e não haveria qualquer compensação de riscos, do lado do segurador. Em suma, o autor não punha então em causa que, juridicamente, um contrato de seguro pudesse corresponder a uma transferência singular de risco, com a ressalva de que esse não seria o sentido de seguro do ponto de vista económico, porque a empresarialidade lhe permitiria prosseguir uma actividade não aleatória, dirigida ao lucro. DONATI, *Trattato I*, pp. 12, 24 e 162-164; e *Trattato II*, p. 17. No mesmo sentido, I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 86; e MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 732. GALVÃO TELLES assemelhou o seguro isolado a uma aposta. Contudo, facilmente se compreenderá que, se o jogo for empresarialmente organizado, também deixará de ser aleatório para o organizador. Como se verá, é da vertente individual ou elementar do risco presente em cada contrato singularmente considerado que decorre a sua aleatoriedade, quer se trate de um contrato de seguro ou de um contrato de jogo. O autor pretende certamente dizer que o seguro só pode ser aleatório quando singularmente considerado mas que, na perspectiva do segurador, a sua celebração não pode ser aleatória, do ponto de vista da sua integração na sua actividade económica globalmente considerada. MENEZES CORDEIRO afirma, por sua vez, que o seguro isolado «daria lugar a um contrato aleatório». Aproxima-o do jogo e do pacto leonino, fazendo ainda referência à renúncia antecipada dos direitos do segurador. No entanto, noutro ponto do mesmo escrito, o autor qualifica o contrato de seguro – desta feita sem aspas – como um contrato aleatório (p. 774). Cfr. ainda, nesse sentido, *Obrigações I*, p. 431; e *Tratado I-I*, p. 477.

745 Esta teoria conta ainda hoje com muitos adeptos, mas o seu principal cultor na Alemanha foi BRUCK, *Gefahrgemeinschaft* (1931), pp. 1260-1273. Esta ideia encontra-se ainda presente na conhecida definição do seguro de MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 96-97 m. 4 (*supra* n. 91). Porém, note-se que uma primeira versão desta teoria já aparecia no austríaco STEINBACH, *Stellung* (1883), *maxime* pp. 19-24, para quem «o fim do seguro» estaria na «construção de uma comunidade de riscos» (p. 19). Cfr. ainda, no mesmo sentido, mais recentemente, RICHTER, *PVR*, pp. 46 e 51; e WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 129.

746 I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 86. Na parte final, faltou ao autor uma consideração mais apurada da distinção entre os problemas económicos da compensabilidade e da calculabilidade do valor do risco. Na sua senda, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 732. O problema foi sublinhado por HAX, *Wesen*, p. 13 (cfr. *supra* o texto junto à n. 226).

747 Neste sentido, já J. v. GIERKE, *VR I*, p. 82. Cfr. pp. 82-85. Assim distinguia o autor os contratos de seguro de crédito ou de seguro-caução dos contratos de fiança e de garantia autónoma, e o seguro de vida do contrato de renda vitalícia. Note-se que esta precisão permite afastar a crítica de que a exigência de uma comunidade de riscos só se aplicaria aos seguradores em actividade, não permitindo a qualificação, como seguros, dos primeiros contratos celebrados por cada empresa

ou não de uma comunidade de riscos é da ordem dos meros factos, sem relevância no plano do contrato, dado que não há qualquer ligação jurídica entre os diversos segurados de cada segurador. Saber se o contrato de seguro pressupõe ou não uma comunidade de riscos seria antes um problema do foro do planeamento.⁷⁴⁸ Tratar-se-ia de saber se, para o seguro, seria necessário haver, ou melhor transparecer, no texto do contrato, um plano de constituição de numerosas relações de seguro, ou se também deveria ser considerado seguro o chamado seguro de caso único.⁷⁴⁹ Em certa medida, estas exigências ecoam algumas das discussões acerca da autonomia do direito comercial em relação ao direito civil: também nessa sede houve quem defendesse que o acto comercial se definiria por ser «pensado e modelado como acto de massa, isto é, como parte de um procedimento destinado a ser repetidamente levado a cabo».⁷⁵⁰

As exigências da natureza empresarial do segurador e/ou da organização de uma comunidade de riscos têm ainda, como vimos, os seus apoiantes, e julgo corresponderem à posição maioritária em Portugal.⁷⁵¹ Mas são ponderosos os argumentos apresentados

seguradora em início de laboração. Neste sentido, FONTAINE, *Autres Opérateurs*, pp. 459-465. HALPÉRIN, *Efectos*, p. 254, observa que a qualificação «é extensível ao primeiro contrato que celebre o segurador, porque é uma empresa predisposta para a formação dessa mutualidade, prevista por ambos os contraentes e essencial ao funcionamento do contrato». A crítica já se aplica a quem não haja feito esta precisão, como parece ter sido o caso, designadamente, de BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 429-431.

748 DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 34-35. No mesmo sentido, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 75 m. 12; e KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 p. 206 m. 10. Este último autor sublinha que não poderia ser de outro modo, porque a comunidade dos riscos de todos os clientes de um segurador «não é uma comunidade em sentido jurídico». Juridicamente, não haveria diferença entre as posições relativas dos vários clientes de um segurador e as dos vários clientes de outros agentes de mercado: as pretensões jurídicas dos vários clientes existem em paralelo, com total independência umas das outras.

749 HOFMANN, *PVR*, p. 9, observa que, para haver seguro, seria suficiente a criação de uma impressão do tratamento sistemático dos riscos, não sendo necessário que essa impressão corresponda à realidade. Mas situa a questão no plano da validade. Foco de atenção seria aqui a protecção do consumidor, que, diga-se, não exigiria que se fosse ao ponto de reconhecer a existência de um contrato de seguro, mas se bastaria com a aplicação do respectivo regime.

750 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 172. Cfr. pp. 171-179.

751 Para além dos acima referidos MARCELLO CAETANO, *Anotações*, p. 130; I. GALVÃO TELLES, *Aspectos*, p. 86; e MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 732; cfr. EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, pp. 74 e 77-78, que incluía entre os elementos do contrato de seguro a «associação»; MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 20-24, que faz referência à essencialidade do elemento empresa; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 407; e *Pessoas*, p. 523, que indica a qualificação profissional de uma das partes como elemento estrutural constante do tipo contrato de seguro; PINTO DUARTE, *Tipicidade*, p. 68 n. 183, afirmando que a lei recorre por vezes à qualidade dos sujeitos intervenientes na concretização de um dado tipo legal, dando como exemplo, «segundo muitos», o contrato de seguro; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 153-155, que aceita que a qualidade das partes pode constituir um índice do tipo, e dá o exemplo do contrato de seguro, em seu entender necessariamente celebrado entre uma companhia de seguros e outra qualquer pessoa; e ainda ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 52-53. Já CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 502-512, numa posição mais matizada, entendia que o segurador podia ser pessoa física ou jurídica, não exigindo a agregação do risco, reconhecendo

em sentido contrário pelas variadas críticas doutrinárias. Note-se, antes de partirmos para a sua análise, que a generalidade dos cultores da teoria em apreço exige a empresarialidade na gestão dos riscos, ou a existência ou planeamento de uma comunidade de riscos, mas já não, naturalmente, a autorização da entidade gestora pela entidade reguladora competente. Não poderão, por conseguinte, apontar-se-lhes as críticas acima aduzidas contra quem o afirmou.⁷⁵² Criticando estas teorias, explica-se que são insuficientes, caso pretendam substituir como elementos do tipo os conceitos de risco e de interesse, dado que não distinguem o seguro do jogo em todos os casos em que este último é empresarialmente organizado. Por outro lado, que são excessivas, porque a relação jurídica entre as partes em nada se influencia por uma delas ter um grande número de contratos a executar, nada importando, para a relação entre as partes, o modo como o segurador chega ao cálculo do prémio, e o que faz com ele quando o receber – um contrato de seguro não deixa de o ser quando celebrado por um segurador não empresarialmente organizado, ou que não planeie constituir uma comunidade de riscos.⁷⁵³ Contra a teoria da empresa sublinha-se ainda que o direito contratual dos seguros deve poder aplicar-se a uma entidade não autorizada e que não se organize sob a forma empresarial. Afirma-se, em suma, que o conceito de empresa não é, nem necessário, nem suficiente para a qualificação de um contrato como um seguro.⁷⁵⁴

apenas que o êxito e a prosperidade da actividade dependiam, principalmente, da multiplicidade e vastidão das operações, em virtude da lei dos grandes números. FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 522, adopta a designação de «contratos próprios» para se referir aos «tipos e subtipos contratuais em que a qualificação pessoal de um dos contraentes (...) constitui requisito exigido para o desempenho da prestação característica».

752 Como disse, estamos no plano da qualificação de um contrato como um seguro e não no plano da admissibilidade do contrato de seguro. Insisto, como antes, que são questões diversas, a de saber se estamos perante um contrato de seguro, e a de saber se o contrato foi lícito ou ilicitamente celebrado pelo segurador. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 34. SCALFI, *Assicurazione*, p. 347, deixa-o bem claro, ao explicar que, em seu entender, o contrato celebrado a título meramente ocasional por uma pessoa física ou jurídica, e não como contrato de empresa, em que essa pessoa se comprometa a indemnizar um certo dano que outrem possa vir a sofrer, recebendo uma dada contrapartida, não poderá qualificar-se como um contrato de seguro, nem essa contrapartida como um prémio. O contrato será quando muito, e consoante os casos, ou um jogo, ou uma *fideiussio indemnitis*. FONTAINE, *Autres Opérateurs*, pp. 459-465, distingue claramente os planos: (a) da compensabilidade dos riscos segundo as leis da estatística; (b) da actuação do segurador em conformidade com o direito de supervisão de seguros; e (c) do fazer o segurador da actividade seguradora sua profissão. Acaba por dar resposta negativa às três questões, defendendo uma visão ampla do papel do segurador.

753 GASPERONI, *Assicurazione*, pp. 27-28; e SILVA SANTOS, *Seguro de Crédito*, p. 196.

754 MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 271-272. Entre nós, AZEVEDO, *Seguro*, c. 1676.

Quanto ao mais, nota-se que há que distinguir cuidadosamente entre as análises económica e jurídica do fenómeno.⁷⁵⁵ Mesmo numa perspectiva puramente económica, a verdade é que encontramos afirmações como esta de WERNER MAHR:

«O princípio da associação não é uma característica dos seguros universalmente válida, nem económica nem juridicamente. (...) Só pode falar-se numa consciência de pertença a uma comunidade, por parte do segurado de uma grande empresa de seguros, como aqui se admite, se o conceito de comunidade for usado num sentido muito preciso. Com a mesma propriedade poderia definir-se uma padaria pela repartição do custo de utilização isolada de um forno por toda a comunidade do pão.»⁷⁵⁶

Contra esta tese, temos como assente, e realmente existente, nalguns países, o chamado segurador de caso único (*Einzelversicherer*). Modernamente, a actividade seguradora é uma actividade comercial com fim lucrativo normalmente desenvolvida em regime de exclusividade. Todavia, ocasionalmente, essa actividade pode ser desenvolvida por seguradores de caso único, designadamente sob a égide do mercado do Lloyd's de Londres.⁷⁵⁷ Com efeito, o método utilizado neste mercado demonstra que a dispersão do risco pode funcionar mediante a subscrição de um único seguro por vários seguradores, independentemente do número de segurados de que cada um disponha, sendo mesmo teoricamente possível a subscrição de um seguro por um único segurador de caso único,

755 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 365-410, por exemplo, distinguia a técnica económica da técnica jurídica e, dentro desta, distinguia a valoração jurídica da actividade seguradora da valoração jurídica de um contrato de seguro. Defendia que, numa perspectiva individual, do contrato, o elemento empresa não seria requisito do contrato de seguro.

756 MAHR, *Einführung*, p. 69.

757 MAHR, *Einführung*, p. 66. Cfr. ainda DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 34-35. CLARKE, *Policies*, p. 41, informa que, em 2004, só 13% do capital do Lloyd's pertencia aos chamados *individual Names* (pessoas físicas). KIMBALL, *Public Policy*, pp. 38-39 e 48, contava que, nos EUA, as operações subordinadas ao princípio do Lloyd's, ou seja os sindicatos de seguradores individuais que subscreviam percentagens de contratos de seguro num regime de responsabilidade parciária, não foram em geral proibidas, mas não tiveram sucesso e foram desaparecendo. À data em que escrevia, afirmava o autor que já não haveria nenhuma, embora houvesse esquemas similares, como a *inter-insurance exchange*, contratos multilaterais celebrados por intermédio de um representante – *attorney in fact* – em que as partes acordavam em segurar-se umas às outras, formas incipientes de mútuas que continuavam a ser praticadas nos anos cinquenta do séc. XX. Serviam o propósito de suprir as falhas de oferta satisfatória em certas classes de seguros no mercado americano. Note-se, por fim, que, nesse domínio, o próprio mercado do Lloyd's de Londres continua a desempenhar o seu papel na indústria seguradora norte-americana (cfr. *supra* n. 228).

ou seja sem qualquer dispersão de risco, desde que este ofereça as adequadas garantias de solvabilidade.

Também contra a teoria em apreço, temos ainda que o surgimento do seguro foi historicamente anterior ao seu tratamento segundo métodos científicos. E já vimos que a cientificidade não abrange, com o mesmo grau de intensidade, todas as linhas de negócio actualmente comercializadas pela indústria seguradora.⁷⁵⁸ Deveremos concluir que em nenhum desses casos estamos perante contratos de seguro?

Vários autores se mostraram contrários à relevância deste elemento para a definição de contrato de seguro.⁷⁵⁹ Sendo certo que, sem este requisito, se torna por vezes complicada a distinção entre o seguro e o não-seguro: o contrato de seguro de renda vitalícia é, aparentemente, igual ao contrato de renda vitalícia salvo quanto à possibilidade de este último ser gratuito.⁷⁶⁰ Se ambos forem onerosos, como poderemos distingui-los? Este requisito é utilizado por muitos autores, precisamente, para traçar a distinção.⁷⁶¹ Entre os que a rejeitam há, por sua vez, quem diga que não podemos distingui-los porque são uma e a mesma coisa.⁷⁶²

Há quem entenda, numa tentativa de chegar a um meio-termo entre os partidários e os detractores das teorias em apreço, que o contrato de seguro, na sua forma plena, implica que do lado do segurador haja, pelo menos, o *projecto* de reunir um elevado número de segurados numa comunidade de riscos, *projecto* esse que deverá naturalmente transparecer no contrato, porque de um contrato se trata, não podendo o intérprete ir para além do contrato para a sua qualificação, mas que deverá distinguir-se, cuidadosamente, entre as disposições legais que pressupõem a natureza massificada da

758 Cfr. *supra* n. 282.

759 WERBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 4, sublinham que o alcance jurídico da teoria da comunidade de riscos é cada vez mais posto em causa, juntamente com a teoria da empresa ou a teoria do risco, porque qualquer destas teorias pegaria em elementos isolados, embora importantes, do contrato de seguro, não dando uma visão de conjunto do contrato de seguro. Cfr. ainda FONTAINE, *Autres Opérateurs*, pp. 459-465. Em Portugal, contra a relevância jurídica deste elemento, cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 94.

760 Sobre o contrato de renda vitalícia, cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 392-415.

761 Cfr. *supra* n. 743.

762 TORRENTE, *Rendita Vitalizia*, pp. 87-88, defendia que não havia diferenças substanciais entre os contratos de seguro e de renda vitalícia. O autor afirmava que a distinção entre ambas as figuras se explicaria por razões meramente históricas, não racionais, que deram azo à celebração massificada do contrato do seguro de renda vitalícia e relegaram para o domínio não industrializado a renda vitalícia estranha ao seguro. Poderá dizer-se o mesmo no contexto do direito luso. No mesmo sentido, cfr. ainda DONATI, *Trattato II*, p. 46; e GASPERONI, *Assicurazione*, p. 31.

actividade seguradora e as que não a pressupõem, entendendo que estas últimas poderão aplicar-se também aos contratos que não sejam celebrados nessas condições.⁷⁶³

Este entendimento é de aprovar. O regime jurídico do contrato de seguro – o actual como o anterior: este aspecto é comum à generalidade dos regimes jurídicos do contrato de seguro nos ordenamentos jurídicos conhecidos – foi concebido com base numa figura que não se identifica, unicamente, pela presença das notas necessárias num contrato de seguro. No actual regime, a isto acresce a norma expressa que comina com a nulidade os contratos de seguro celebrados por entidades não devidamente autorizadas pelo ISP.⁷⁶⁴ É patente que há numerosos aspectos do regime do contrato de seguro que pressupõem a empresarialidade ou profissionalidade no exercício da actividade.⁷⁶⁵ Muito dificilmente compreenderíamos a lei em vigor sem dar atenção à natureza profissional ou empresarial do segurador, tal como muito dificilmente compreenderíamos o contrato de depósito bancário sem termos em atenção a natureza profissional ou empresarial do banco. Um grande número de disposições legais aplicáveis ao contrato de seguro pressupõe uma desigualdade nas posições negociais das partes, ou um desequilíbrio na informação técnica ao dispor das partes.

Simplesmente, a ausência deste elemento não deverá, por si só, impedir a qualificação de um dado contrato como um seguro, pelo menos para certos efeitos, ou como um contrato misto ou mesmo atípico com alguns elementos de seguro. Ainda que, após a conclusão de que um dado contrato celebrado entre dois particulares é um seguro, ou contém elementos próprios de um contrato de seguro, não lhe apliquemos na íntegra o regime jurídico do contrato de seguro.⁷⁶⁶

Seja como for, no domínio do direito contratual, no plano da qualificação, não havendo vinculação contratual do segurador à organização de uma comunidade de riscos, como não há, torna-se difícil de justificar o requisito da mutualidade como elemento necessário

763 Neste sentido, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 75 m. 12.

764 Cfr. o disposto no art. 16.º/2 LCS. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 770.

765 Veja-se, como exemplo, o que dispunha o art. 17.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, e o que actualmente dispõe o art. 27.º LCS, acerca do valor do silêncio do segurador após a recepção da proposta. Ou ainda os arts. 18.º, 20.º, 22.º, 32.º/2, 59.º ou 60.º LCS. Fora do direito contratual dos seguros, cfr. *supra* n. 701.

766 Como se disse *supra* n. 32, não há implicação necessária entre a qualificação de um dado contrato como típico e a aplicação, a esse contrato, de todas as regras que compõem o regime legal desse tipo contratual. Neste sentido, PINTO DUARTE, *Tipicidade*, pp. 121 e 197.

para a qualificação de um contrato como seguro, pois que, das duas uma, ou esta é estipulada, e então dificilmente conseguimos fugir da existência de um dever específico do segurador para com o segurado, ou não é estipulada, e nesse caso não se percebe bem o que seja.⁷⁶⁷ E ainda menos sentido fará a exigência da efectiva existência de uma comunidade de riscos, porque se trata de algo que extravasa o contrato. A mutualização, enquanto plano que transparece no texto contratual, é, isso sim, nota eventual num contrato de seguro. É um mero indício – um indício forte – de que estamos perante um seguro. Mas a sua falta não afasta a qualificação de um contrato como um seguro.⁷⁶⁸ Quando muito, poderá levar-nos a concluir que estamos perante um contrato nulo, por falta, não propriamente da mutualidade, mas da autorização administrativa que, essa sim, a pressupõe: o requisito da massificação é fundamental para a definição do contrato de seguro do ponto de vista do direito institucional de seguros, visto que esta não tem por objecto a celebração singular de contratos de transferência de riscos, mas *as empresas* que se dedicam à actividade seguradora.⁷⁶⁹

Pense-se, por exemplo, no preceito que comina com a nulidade os contratos de seguro celebrados por entidades não devidamente autorizadas pelo ISP.⁷⁷⁰ Este preceito deve interpretar-se *cum grano salis*. Numa lógica de análise tipológica, não deverá concluir-se pela nulidade de um qualquer contrato, celebrado entre dois particulares, ou mesmo entre um particular e um comerciante, simplesmente por se chegar à conclusão de que esse contrato contém elementos próprios de um contrato de seguro – tratando-se de um contrato misto, ou mesmo de um contrato de seguro, embora não na sua forma plena. O regime que regula o acesso e exercício da actividade seguradora é isso mesmo – tem

767 SCHMIDT-SALZER, *Versicherung*, pp. 616-619, notava que, para o tomador, é absolutamente indiferente o modo como o segurador reúne os meios financeiros necessários ao cumprimento do seu dever de prestar, em caso de verificação do sinistro: basta-lhe, na altura, receber o pagamento devido. Sobre esta questão, cfr. a discussão *infra* junto à n. 858.

768 DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 34-36, entende que este é um «requisito enfraquecido», que vale como indício, apontando que existem ainda casos de seguradores de caso único, embora apenas fora da Alemanha. Cfr. ainda REIMER SCHMIDT, *Gedanken*, pp. 248-249.

769 KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 pp. 206 e 213-214 mm. 11 e 37-40. Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 76 m. 15. O autor afirma que as questões da existência ou inexistência de autorização e da aplicabilidade ou inaplicabilidade ao segurador do dever de a obter não devem ser tidas em conta na aferição da aplicabilidade ou inaplicabilidade do direito contratual dos seguros (e vice-versa). Cfr. ainda, quanto à distinção entre os conceitos de seguro para efeitos de direito contratual dos seguros e de direito da supervisão de seguros, SIEG, *Grenzfälle*, pp. 506-513. O autor entende que o conceito de contrato de seguro é, em certos aspectos, demasiado amplo, e noutros demasiado estreito, para se aplicar ao direito da supervisão de seguros.

770 Art. 16.º/2 LCS.

como referência o exercício de uma actividade. Cai fora do seu escopo a perseguição dos actos isolados ou ocasionais que, embora possam qualificar-se, dogmaticamente, como seguros, não correspondam ao exercício de uma actividade por parte de quem neles desempenhe o papel do segurador.

É este um bom exemplo de um aspecto em que a mesma questão, a definição de seguro, obtém respostas divergentes, consoante o ponto de vista seja o do direito institucional ou o do direito contratual dos seguros.⁷⁷¹ Dir-se-á, pois, na perspectiva deste último:

«A compensação de riscos ocorre *normalmente*, ainda que não exclusivamente, numa comunidade de riscos dos segurados a organizar segundo a lei dos grandes números.»⁷⁷²

4. As atribuições das partes

O contrato de seguro é um contrato obrigacional. Na doutrina nacional e estrangeira, não são habituais discussões muito desenvolvidas sobre a obrigação de prestar do tomador. As discussões são, pelo contrário, muito mais acesas no que respeita à obrigação de prestar do segurador. Interessa discuti-las a ambas. Antes disso considero brevemente os conceitos de obrigação e de prestação, bem como o de atribuição.

A obrigação pode definir-se como uma situação jurídica relacional, ou relação jurídica, em que uma pessoa – o seu titular activo: o credor – tem um direito subjectivo de obter ou exigir de outrem uma prestação – sendo essa outra pessoa o titular passivo: o devedor – que, por sua vez, está adstrito a um dever específico de prestar, ou seja, está vinculado a uma conduta, positiva ou negativa, para com o primeiro.⁷⁷³ A obrigação é, por definição,

⁷⁷¹ Cfr. *supra* n. 86.

⁷⁷² BK/SCHWINTOWSKI, p. 54 m. 35 (itálico acrescentado).

⁷⁷³ Cfr. o art. 397.º CC. ZIMMERMANN, *Obligations*, p. 1, mostra que, já em direito romano, a *obligatio* correspondia a este *vinculum iuris*, relação jurídica composta de um lado activo e de um lado passivo, este último vinculando o devedor a um dever de prestar, o primeiro habilitando o credor com um direito de exigir a prestação. Esta bilateralidade passou para os direitos dos sistemas romano-germânicos, mas não para os direitos dos sistemas anglo-americanos, onde o termo *obligation* se refere unicamente ao lado passivo da nossa obrigação. Embora também encontremos entre nós exemplos de uso com este último sentido do termo «obrigação». Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria I*, p. 187. LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 8-15, precisava que o vínculo obrigacional envolve mais do que a simples contraposição entre um direito e um dever, sustentando, no entanto, que é esta contraposição que o caracteriza. Entre nós, cfr. GOMES DA SILVA, *Conceito, maxime* pp. 17-33, 172-173, 259 e 262; ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 61-72 e 78-91; ou MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 9-13, 171-228 e 335-339. Sobre o conceito de direito subjectivo, cfr. *supra* o texto a partir da n. 387.

uma situação jurídica susceptível de violação, por parte do seu titular passivo, na medida em que o cumprimento é um acto humano voluntário, ainda que omissivo.⁷⁷⁴ De acordo com a definição tradicional, chama-se «prestação» à conduta, positiva ou negativa, cuja verificação é o cumprimento.⁷⁷⁵ Em rigor, porém, a lei e a doutrina chamam nalguns casos «prestação» a uma conduta cuja verificação não é o cumprimento, designadamente, uma conduta não vinculada mas prevista no contrato, sempre que a sua execução tenha ficado na disponibilidade do prestador, ou uma conduta não vinculada nem prevista, mas destinada a extinguir uma obrigação estipulada no contrato.⁷⁷⁶ É este o sentido tradicional do termo, entre nós como, de uma forma geral, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, embora, como veremos já de seguida, haja um movimento de parte da doutrina no sentido do alargamento do conceito. Por este motivo entendi conveniente começar por um esclarecimento dos conceitos de obrigação e de prestação, esclarecimento esse que, não fora este movimento, poderia causar uma certa estranheza num estudo desta natureza.⁷⁷⁷

774 Cfr. ANCEL, *Force Obligatoire*, p. 790. O autor sublinha que, numa relação obrigacional, em virtude da sua articulação em torno da vontade de ambas as partes, depende do credor exigir ou não a prestação, e depende do devedor executá-la ou não. Sobre a questão de saber se também o titular activo pode violar a obrigação, veja-se MARGARIDA LIMA REGO, *No Right, maxime* pp. 10-59.

775 Cfr. o art. 762.º/1 CC. Cfr. PESSOA JORGE, *Obrigações*, pp. 55-56. Exemplo de um uso bem distinto do termo «prestação»: a definição que constava do art. 1.º/p) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho («importância entregue à seguradora pelo subscritor de uma operação de capitalização»). Nos sistemas anglo-americanos, falta um termo de sentido exactamente correspondente ao de prestação. Em projectos de codificação internacionais é habitual recorrer-se, sempre que necessário, ao termo *performance*, que significa, literalmente, cumprimento. Veja-se, por exemplo, o art. 4.º/2 da Convenção de Roma, em que a prestação característica do contrato aparece na versão inglesa como a *performance which is characteristic of the contract*, e o recente art. 4.º/2 do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 («Roma I»), em que o mesmo conceito aparece como a *characteristic performance of the contract*, ou as definições de *obligor* e de *obligee* constantes do Art. 1.11 dos *Unidroit Principles* (2004). Os termos *creditor* e *debtor* referem-se apenas às obrigações pecuniárias.

776 Na primeira hipótese refiro-me, em especial, aos contratos onerosos «uniobligacionais» (sobre o termo, cfr. *infra* o texto junto à n. 801). Pense-se num contrato-promessa unilateral. Só uma das partes se obrigou a prestar mas podemos chamar «prestação» às condutas de ambas, consistentes na celebração do contrato definitivo. Este sentido também se retira do art. 762.º/1 CC (à «prestação a que está vinculado» opõe-se aquela a que não está vinculado, sob pena de redundância). Quanto à segunda hipótese, cfr. os arts. 837.º CC (a dação em cumprimento consiste na «prestação de coisa diversa da que for devida») e 840.º/1 CC (a dação *pro solvendo* também pressupõe uma prestação diferente da devida).

777 A tentativa de alargamento a que me refiro nada tem que ver com a discussão sobre se deve identificar-se a prestação com a própria conduta ou com o seu resultado. Cfr., por exemplo, LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 8, para quem o termo «prestação» tem, na verdade, um duplo significado, por dizer respeito, umas vezes, à conduta a que o devedor está adstrito, e outras ao resultado dessa conduta. Sobre a discussão, veja-se LURDES PEREIRA, *Conceito*, pp. 47-218; e MÚRIAS/PEREIRA, *Obrigações de Meios*, pp. 1-14 (em que é revista a posição anterior da autora).

Uma *atribuição* consiste, mais latamente, na disponibilização de um qualquer bem jurídico por um sujeito – o «atribuinte» – a outro sujeito – o «atributário». ⁷⁷⁸ A atribuição pode resultar de uma deslocação da esfera do atribuinte para a do atributário ou ser criada pelo atribuinte *ab initio* na esfera do atributário. É importante sublinhar que o conceito de atribuição não coincide necessariamente com o de *disposição*. Pode haver actos atributivos não dispositivos, como quando se presta um serviço ou se realiza um trabalho, e actos dispositivos não atributivos, como quando se abandona uma coisa ou se renuncia a um direito. Os actos dispositivos são aqueles em que um direito subjectivo actualmente existente é imediatamente transformado – na sua titularidade ou conteúdo – ou extinto. ⁷⁷⁹

Partindo de idêntica distinção com referência ao conceito de dano, referir-me-ei ao conceito de atribuição em sentido real e ao conceito de atribuição em sentido patrimonial. ⁷⁸⁰ A atribuição em sentido real é o resultado imediato de um dado acto, ou seja, é a disponibilização de um bem ao atributário directamente resultante de um acto do atribuinte. Utilizo sempre o termo neste sentido, salvo indicação em contrário. Já a atribuição em sentido patrimonial só é aferida contemplando a totalidade de cada um dos patrimónios envolvidos e, portanto, todos os reflexos do acto do atribuinte neste património. Este o conceito tradicionalmente usado, designadamente no contexto do enriquecimento sem causa. ⁷⁸¹ Uma dada conduta pode dar azo a uma atribuição no primeiro sentido, na medida em que ocorre, por hipótese, a transferência de uma situação

778 O conceito de atribuição é originário da doutrina alemã (*Zuwendung*). Na Alemanha, é ainda hoje um conceito de sentido algo controvertido. Particularmente influente na doutrina italiana, espanhola e portuguesa foi a definição de v. TUHR, *Allg. Teil II* 2, pp. 49-153. «Por "atribuição" deve entender-se qualquer negócio jurídico mediante o qual alguém, A, proporciona a outrem, B, uma vantagem patrimonial.» (p. 49). Mais recentemente, veja-se a definição, quase *ipsis verbis*, por exemplo, de BAYER, *Vz Dritter*, p. 286. Em Itália, cfr. a distinção traçada por SCALFI, *Corrispettività*, pp. 53-54 e 56-57 (cfr. ainda n. 18 a pp. 12-13). Cfr. *infra* o texto junto à n. 939. ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 141-144 n. 2, define o conceito de «atribuição patrimonial», que vai buscar à doutrina alemã, «como o acto jurídico por meio do qual uma pessoa proporciona a outrem, intencionalmente, uma vantagem de carácter patrimonial» (p. 141). Cfr. ainda I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 97. Quanto aos intervenientes, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, pp. 66-68, preferia falar em «atribuinte» e «atribuído», mas parece mais rigoroso usar para este último o termo «atributário», visto que «atribuído» seria aquilo que se atribui – o conteúdo da própria atribuição. O estudo *Atribuição* de PEDRO MÚRIAS, reportado ao direito do não cumprimento, inclui uma comprida lista de exemplos de atribuições contratuais não obrigacionais, entre as quais inclui a cobertura do seguro (p. 8), defendendo que uma atribuição «é uma norma válida que, dadas duas pessoas, qualifica como satisfatório para uma delas o acontecimento que preencha certa descrição sendo imputável à outra» (p. 17). Cfr. ainda a sua distinção entre a atribuição jurídica e a atribuição de facto (cfr. *infra* n. 968).

779 Neste sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos I*, pp. 79-81. Cfr. ainda MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, pp. 66-68; e ANTUNES VARELA, *Modo*, p. 76.

780 Sobre a distinção no contexto do dano, cfr. *supra* n. 411.

781 Embora muito criticado pela doutrina das últimas décadas. Cfr. *infra* n. 1528.

jurídica do património do seu autor para o de terceiro, sem no entanto resultar numa atribuição no segundo sentido, por exemplo quando, enquanto acto oneroso, é neutralizada por uma deslocação de valor idêntico em sentido contrário.

Falarei, ocasionalmente, no «contributo» de cada uma das partes num contrato para me referir às atribuições contratuais de cada uma delas. É claro que, se o atribuinte será neste contexto uma parte contratual, já o atributário poderá ou não sê-lo. Os casos de que este estudo se ocupa são precisamente aqueles em que pelo menos um dos atributários é um terceiro em face do contrato de seguro.

4.1. A atribuição do tomador

É raríssimo, na doutrina ou jurisprudência nacional ou estrangeira, ver-se posta em causa a asserção de que, pelo contrato de seguro, o tomador se vincula à realização de uma prestação, que consiste no pagamento do prémio do seguro.⁷⁸² No entanto, se ponderarmos bem esta afirmação, veremos que não é essa a única possibilidade ao dispor das partes num contrato de seguro.⁷⁸³ No nosso ordenamento, semelhante possibilidade

782 Cfr., por exemplo, a singela declaração de que, pelo contrato de seguro, o tomador se obriga ao pagamento do prémio, em MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 280 – que no entanto se limitou a repetir o disposto no § 1 VVG. Note-se que o autor até fazia referência, sem se aperceber da contradição, ao sistema diverso existente nos EUA (n. 43). Cfr. ainda a referência a este «dever» do tomador no actual § 1 VVG 2008 (cfr. a redacção *supra* n. 562). O art. 1.º LCS define, não os deveres típicos mas, mais amplamente, o conteúdo típico, como é próprio de um ordenamento jurídico que não reduz o contrato ao seu conteúdo obrigacional. Contudo, não deixa de fazer referência à «obrigação» do tomador de pagar o prémio.

783 CORBIN, *Conditions*, p. 746, observava que, quer uma promessa, quer uma condição, são formas usadas para provocar determinadas actuações de outrem. Dava o exemplo de uma empresa de seguros que pretende receber o pagamento de prémios de seguro. Uma forma de o fazer seria obter dos seus clientes promessas de que pagariam tais prémios. Dessa forma, se não os pagassem voluntariamente, poderia exigí-los em tribunal. Acrescentava o autor que, no entanto, era raro os contratos de seguro conterem tais promessas. O pagamento dos prémios era assegurado de uma outra forma, ainda mais eficaz, na opinião do autor. A empresa de seguros condiciona o seu próprio dever de prestar ao pagamento dos prémios pelos seus clientes. Assim, consegue receber os prémios, não *ad terrorem*, com a ameaça de um processo em tribunal, mas «pendurando à sua frente uma bolsa com dinheiro que só poderá alcançar-se subindo a escada dos prémios». Este aspecto do direito dos contratos salta mais à vista nos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, onde sempre assumiram uma maior preponderância o que a doutrina anglo-americana designa por *unilateral contracts*, em parte porque, historicamente, foram estes os primeiros a gozar da protecção dos meios coercivos judiciais e legais (cfr. *infra* n. 799). Note-se que cabem nesta categoria dos direitos anglo-americanos alguns negócios entre nós classificados como unilaterais, e não como contratos – *v.g.* o correspondente à nossa promessa pública. Cfr. o art. 459.º CC. Sobre o mecanismo da condição e a constituição de um «meio sinalagma», veja-se o *Sinalagma* de PEREIRA/MÚRIAS (cfr. *infra* n. 1027).

não é, nem necessária, nem maioritariamente seguida, desde a entrada em vigor do DL n.º 122/2005, de 29 de Julho.⁷⁸⁴

O regime foi transposto, no essencial, para a LCS.⁷⁸⁵ Em lugar de «regime» deve, no entanto, falar-se em *regimes*, dado que a lei criou dois tipos de consequências da falta de pagamento do prémio: (i) um regime resultante da interpretação de algumas das «disposições comuns»;⁷⁸⁶ e (ii) um «regime especial».⁷⁸⁷ Simplesmente, este último parece corresponder, na verdade, ao regime geral, aplicável a todos os seguros salvo disposição legal ou convencional em contrário.⁷⁸⁸ Quanto aos seguros que a lei subtraiu ao âmbito de aplicação do «regime especial», a regulação dos efeitos da falta de pagamento do preço é deixada à livre disposição das partes, no sentido de que estas poderão estipular livremente o regime que entenderem, aplicando-se, na medida em que não o fizerem, as regras de direito dos contratos relativas ao incumprimento contratual.⁷⁸⁹

A verdade é que, dos contratos de seguro regulados pelo «regime especial», não emana um dever de pagar o prémio.⁷⁹⁰ Esta conclusão resulta da suspensão da eficácia do contrato, para ambas as partes, pelo menos até ao momento desse pagamento.⁷⁹¹ Note-se

784 Posteriormente alterado pelo DL n.º 199/2005, de 10 de Novembro, que veio alterar o regime legal dos pagamentos dos prémios de seguro estabelecido no DL n.º 142/2000, de 15 de Julho, anteriormente alterado pelo DL n.º 248-B/2000, de 12 de Outubro, e pelo DL n.º 150/2004, de 29 de Junho, e finalmente revogado pelo DL n.º 72/2008, de 16 de Abril (art. 6.º/1). Cfr. as referências expressas a esta questão no preâmbulo do DL n.º 122/2005, de 29 de Julho, e ainda os arts. 6.º/1 e 8.º/1 do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho.

785 Cfr. o preâmbulo da LCS (V): «O regime do prémio, com vários esclarecimentos, aditamentos e algumas alterações, permanece, no essencial, tal como resulta do Decreto-Lei n.º 142/2000, com as alterações de 2005.».

786 Composto dos arts. 51.º a 57.º LCS.

787 Composto dos arts. 58.º a 61.º LCS.

788 É esse o sentido do art. 58.º LCS. A própria lei dá indicação de que é o «regime especial» que se aplica à «generalidade dos seguros» (art. 57.º/2/a) LCS).

789 É o que resulta do art. 57.º/1 e 2/b) LCS. As restantes «disposições comuns» parecem ser, de uma forma geral, aplicáveis a todos os contratos de seguro. Aos seguros regulados pelo «regime especial» deverá aplicar-se com alguma cautela o disposto no art. 53.º LCS.

790 O regime especial aplica-se a todos os contratos de seguro menos aos seguros de vida, aos seguros pecuário e de colheitas e aos seguros de grandes riscos, salvo na medida em que essa aplicação decorra de estipulação das partes e não se oponha à natureza do vínculo (art. 58.º LCS). Sem prejuízo do disposto nos arts. 55.º/2 e 3 e 164.º LCS.

791 Cfr. o disposto nos arts. 59.º e 61.º LCS. Trata-se de disposições «absolutamente imperativas» para os seguros de massa mas que poderão ser afastadas nos seguros de grandes riscos (art. 12.º/1 e 2 LCS). Antes da entrada em vigor do novo regime jurídico do contrato de seguro, nada se dizia quanto à possibilidade, muito frequente na prática, de os seguradores deverem cobrar os prémios por débito bancário directo e se atrasarem inadvertidamente. Sendo evidente que este facto não poderia ser invocado para negar o pagamento de uma indemnização por sinistro, havia duas hipóteses: ou se defendia ter havido resolução automática, mas que o segurador pagaria, a título de indemnização, pelo incumprimento do contrato (caso em que teria também de indemnizar as possíveis

que neste regime ocorre, de certo modo, uma aproximação à etimologia de «prémio».⁷⁹² Não se diga que apenas se suspende a cobertura do seguro, mas não o dever de pagar o prémio, que seria eficaz desde a celebração: se o prémio inicial não chega a ser pago, a consequência legalmente prescrita é a extinção do contrato com efeitos à data da celebração, sem ser dada ao segurador a possibilidade de exigir postumamente esse pagamento. É assim tanto com o prémio inicial quanto com qualquer prémio subsequente – neste último caso, o contrato extingue-se com efeitos à data da renovação.⁷⁹³

Isto significa que a lei confere ao tomador a faculdade de fazer cessar unilateralmente o contrato por via do não pagamento do prémio. Este regime legal corresponde, essencialmente, a uma tentativa de libertar os tribunais dos inúmeros processos de cobrança de dívidas, estabelecendo-se que, em caso de não pagamento do prémio, por

consequências danosas do seu incumprimento mesmo não tendo ocorrido um sinistro), ou se defendia uma interpretação restritiva do preceito relativo à resolução automática, que só deveria aplicar-se no caso de o atraso ser imputável ao devedor e não ao credor. Esta seria a melhor solução, porque o interesse do segurado apenas ficaria totalmente protegido se se mantivesse vivo o contrato. Cfr. Ac. RG 12.03.2003 (na vigência do regime anterior à entrada em vigor da «resolução automática»). Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 805 (que no entanto entende haver nestes casos ilisão da presunção de culpa do tomador). Actualmente, o problema encontra-se resolvido pela regra que consta do art. 57.º/4 LCS. O pagamento considera-se feito na data em que foi disponibilizado o meio para a sua realização, visto dever-se o atraso a mora do credor. As dificuldades causadas, nesta sede, pelo sistema de pagamento por débito directo são abordadas por CLARKE, *Polícias*, pp. 134-135.

792 O termo vem do latim *praemium*: algo que era dado ou tomado em primeiro lugar. Para pormenores, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 799.

793 No regime anterior, o art. 23.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, estabelecia o dever de informação do segurador ao segurado acerca da falta de pagamento do prémio na data em que era devido, nos seguros-cauções, não havendo cláusula de inoponibilidade, conferindo ao segurado um prazo de quinze dias para, querendo evitar a cessação do contrato, pagar o montante em dívida por conta do tomador. J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, p. 169, sustentava que esta era a expressão de uma regra geral, cuja aplicação deveria ser analogicamente estendida aos demais casos de seguros por conta em que assim se justificasse – o que implicaria uma derrogação do regime do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho, nos casos em que havia uma divergência entre as figuras do tomador e do segurado. Parece-me que a solução não era de aceitar, porque o alargamento do âmbito de aplicação da regra pressuporia que, ao celebrar um seguro por conta, o tomador se obrigasse perante o segurado a manter o contrato em vigor. Veremos que não é assim (cfr. *infra* o texto a partir das nn. 1489 e 2351). No regime actual, cfr. os arts. 55.º/2 e 3, 164.º e 204.º LCS. O art. 164.º contém a mesma regra, alargando o prazo para 30 dias. O art. 204.º estende o regime ao beneficiário irrevogável de um seguro de vida. O art. 55.º, contudo, deixa claro que, quanto aos demais seguros, a regra fica na disponibilidade das partes, só se aplicando se no contrato assim se estipular. Este mecanismo veio clarificar ainda que a caducidade automática não ocorre, necessariamente, «sem possibilidade de reposição em vigor». Em determinadas circunstâncias, essa possibilidade é dada a certos terceiros – só as partes se encontram impossibilitadas de repor o contrato em vigor. A nossa lei fala nos terceiros titulares de «direitos ressalvados no contrato». A lei alemã discriminava de quem se tratava: dos terceiros-segurados, dos beneficiários irrevogáveis e dos credores pignoratícios. Cfr. o § 35a VVG. Cfr. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 35a p. 403 mm. 2-5.

um lado, o risco não chega a estar coberto em nenhum momento e, por outro lado, deixa de existir uma dívida, deixando, em consequência, o pagamento de poder ser judicialmente exigido pelo segurador. Neste sentido, era claríssimo o preâmbulo do DL n.º 122/2005, de 29 de Julho. Nele se esclarecia que o diploma foi aprovado «com o principal objectivo de diminuir o número de litígios relacionados com o pagamento de prémios de seguros. Para atingir esse propósito, importa aplicar em toda a sua extensão o princípio (...) segundo o qual o contrato de seguro *só deve produzir os seus efeitos com o pagamento do prémio ou fracção* por parte do tomador de seguro. (...) Deste modo, o seguro apenas é válido, produzindo os seus efeitos, com o pagamento do prémio ou fracção, *não sendo eficaz, quanto às obrigações de ambas as partes*, se não se verificar o pagamento.» Não fora isto suficiente, termina-se esclarecendo que a não renovação de um contrato de seguro «passará a operar tão-só pelo não pagamento atempado do respectivo prémio, *desonerando-o* de efectuar a comunicação aí prevista».⁷⁹⁴

A lei refere-se à «resolução automática e imediata do contrato» mas esta terminologia não será a mais correcta. Em primeiro lugar, podemos conceber esta faculdade do tomador como um direito potestativo no verdadeiro sentido da palavra, legalmente conferido, de cessação do contrato. Daí fazer algum sentido falar-se em desistência ou em oposição à renovação, visto que, caso o tomador queira desistir do contrato de seguro, ou não pretenda a sua renovação, é este o modo que a lei estabelece para que ponha em prática, voluntariamente, a cessação. Poderia dizer-se que é este um caso em que a lei confere o valor de declaração negocial, não ao silêncio, mas a um acto omissivo, sem possibilidade de prova em contrário. No entanto, quer se trate da falta de pagamento do prémio ou fracção, inicial ou subsequente, estamos sempre perante um caso de caducidade, por simples decurso do prazo.

794 Itálicos acrescentados. Não se conhece paralelo nos sistemas jurídicos nossos vizinhos. Veja-se, por exemplo, FONTAINE, *Assurances*, pp. 200-206, que observa que, em direito belga, a sanção para o não pagamento do prémio corresponde à suspensão imediata da cobertura e à atribuição, ao segurador, de um direito de resolução. Nota que a suspensão é distinta do mecanismo da excepção de não cumprimento porque, mesmo que o prémio seja pago com mora, se entretanto tiver ocorrido um sinistro o segurador ainda assim fica exonerado do seu dever de prestar, e que é distinta da suspensão do contrato porque o único efeito suspenso é a cobertura. Acrescenta que, antes da suspensão, há que avisar o tomador, para que o segurador não possa prevalecer-se do direito ao prémio sem correr o respectivo risco, por exemplo retardando o aviso até quase ao final do período de seguro. Crê-se que o «regime especial» da falta de pagamento dos prémios de seguro tem grandes hipóteses de vir a estender-se a outros domínios, sobretudo os que envolvam a contratação em massa com os consumidores.

Na verdade, sempre que num dado contrato se estipula a possibilidade de renovação, mediante declaração à outra parte, e essa declaração não é feita, o contrato extingue-se por caducidade, ainda que a cessação tenha resultado de uma opção consciente e deliberada de não declarar a renovação.⁷⁹⁵ O mesmo raciocínio deverá aplicar-se ao caso de desistência do contrato.⁷⁹⁶ O que em nada interfere com o reconhecimento de um verdadeiro e próprio direito potestativo na esfera do tomador. O tomador terá, quando muito, um ónus de prestar, cujo cumprimento, todavia, nem por isso deixa de ser objecto de (porventura excessiva) regulação legal.⁷⁹⁷

Note-se que isto é distinto do que usa chamar-se um contrato real *quoad constitutionem*.⁷⁹⁸ Estes são contratos cuja celebração válida depende de uma atribuição real de uma das partes.⁷⁹⁹ No caso do seguro, diferentemente, não é a validade, mas apenas a eficácia do

795 Cfr. o disposto no art. 109.º LCS.

796 Sobre a terminologia relativa a estes modos de cessação do contrato no nosso sistema jurídico, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Cessação*, pp. 41-50, 58-60 e 62-85.

797 Cfr. o art. 54.º LCS. Note-se que o disposto no n.º 1 é «absolutamente imperativo» (art. 12.º/1 LCS). A lei só abre portas à liberdade contratual no domínio dos seguros de pessoas (n.º 6). No regime anterior, para os seguros não-vida, cfr. os arts. 1.º/2 e 2.º/2 do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho, e a P n.º 1371/2000 (2.ª série), de 12 de Setembro. Quanto aos seguros de vida, a lei era omissa. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 799-800; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 245. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 408, anteriormente à entrada em vigor deste regime, indicava a natureza pecuniária do prémio como elemento estrutural do contrato de seguro. Contudo, na altura também não era assim. Basta pensar no exemplo do contrato de renda vitalícia, e na amplitude com que se definia a contraprestação da renda no art. 1238.º CC. Na falta de disposição legal em contrário, não vejo que houvesse fundamento suficiente para se negar esta amplitude aos (demais) contratos de seguro. Actualmente, é isenta de dúvidas a ampla margem de manobra das partes no domínio dos seguros de pessoas.

798 Sobre os contratos reais *quoad constitutionem* no nosso sistema jurídico, veja-se I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, pp. 463-467; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 133-137; ou MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 193-196. EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, p. 248, relata que, nos seus primórdios, o contrato de seguro fora, como muitos outros, um contrato real, que só com o pagamento do prémio teria efeito, até se ter tornado, com o passar do tempo, um contrato consensual. É comum encontrarem-se na doutrina referências à natureza obsoleta desta figura, que, no entender de muitos, deveria tender para a extinção. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 136-137, chama a atenção para a criação recente de um novo contrato real *quoad constitutionem*, que contraria esta alegada tendência: o contrato de constituição de sociedades comerciais anónimas, por quotas, e em comandita por acções. O contrato de seguro poderia bem configurar, entre nós, um exemplo ainda mais recente desta tendência, mas não foi essa a opção do legislador.

799 Neles se inclui, sempre que ocorra uma atribuição real, o que a doutrina anglo-americana designa por *unilateral contracts*, dentro dos quais distingue os casos de *an act for a promise* e os casos de *a promise for an act*, em que a correspectividade existe, não entre duas promessas, mas entre uma promessa e uma conduta não vinculada que, ela própria, tem a dupla natureza de prestação contratual e de declaração *negocial*, correspondendo, consoante os casos, a uma proposta ou a uma aceitação. BEATSON, *Law of Contract*, pp. 28-29. Cfr. ainda PEEL em TREITEL, *Law of Contract*, pp. 40-43 (mm. 2-050 a 2-2057). O autor descreve a tendência de alguma jurisprudência e doutrina actuais para considerar que, nos casos em que a conduta em causa se prolonga no tempo e exige um esforço continuado do prestador, o seu início já corresponderia a uma aceitação. Ainda assim, trata-se de algo de distinto dos contratos «uniobrigacionais» (sobre o termo, cfr. *infra* o texto junto à n. 801), visto que, não

contrato que depende de uma atribuição. O contrato é, em geral, celebrado do modo tradicionalmente apontado em direito dos contratos: à proposta subscrita pelo tomador segue-se a aceitação, expressa ou tácita, do segurador.⁸⁰⁰ Simplesmente, é um contrato «monovinculante» – prefiro a designação «uniobrigacional» para fugir à ideia de que as partes só se vinculariam a obrigações.⁸⁰¹

Há uma diferença prática. Nos termos da lei, a cobertura dos riscos apenas se verifica a partir do momento do pagamento do prémio, podendo as partes convencionar que, uma vez pago o prémio, o início da produção dos efeitos se reporte a uma data anterior ao pagamento e mesmo à celebração do contrato.⁸⁰² Imagine-se a seguinte situação: um contrato de seguro é celebrado no dia 1; as partes convencionam que os seus efeitos se reportam ao dia 1; ocorre um sinistro no dia 8; o prémio é pago no dia 15. *Quid juris?* O segurador encontra-se obrigado a indemnizar o tomador. Após o acto de celebração do contrato, o segurador não pode impedir o tomador de, pagando, dar vida ao contrato.

O «regime especial» não se aplica, entre outros, aos seguros de vida.⁸⁰³ Em tempos gozou de alguma aceitação a tese de que, nos seguros de vida, o tomador não estaria verdadeiramente obrigado a pagar o prémio.⁸⁰⁴ Em Portugal, não temos apoio legal para semelhante tese.⁸⁰⁵ Por conseguinte, parece que, em todos os casos em que não tenha

obstante a proximidade entre as figuras, estes últimos contratos se consideram desde logo celebrados, não carecendo, para tal, do acto de atribuição da parte não vinculada (ou do seu início). Também em nada se confundem com os contratos não sinalagmáticos, a que a lei e muita doutrina se referem como «contratos unilaterais» (chamando «bilaterais» aos sinalagmáticos). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 422-423; e *Tratado I-I*, pp. 461-462.

800 Cfr. o art. 27.º LCS. No regime anterior, cfr. o que dispunha o art. 17.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Note-se que o contrato não está sujeito a forma escrita. Simplesmente, uma vez celebrado, o segurador tem o dever de reduzi-lo a escrito, se a forma escrita não tiver sido usada pelas partes (art. 32.º LCS). Cfr. ainda o preâmbulo da LCS (V). O regime anterior não era tão claro, mas entende que já era esse o sentido do art. 426.º CCom. Veja-se, no mesmo sentido, o § 3 I VVG (e agora o § 3 I VVG 2008). Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 3 p. 105 m. 1. Cfr. ainda o art. 2:301 PEICL (que determina a desnecessidade da forma escrita e mesmo da redução do contrato a escrito).

801 Sobre a distinção entre os contratos monovinculantes e bivinculantes, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 423; e *Tratado I-I*, pp. 461-462.

802 Cfr. os arts. 42.º/2 e 44.º/2 LCS. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 234.

803 Cfr. *supra* n. 790.

804 Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 631-632. Contra, VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 249-252.

805 Os seguros de vida continuavam, até à recente reforma legislativa, a ser regulados pelo disposto no art. 33.º do Decreto de 21 de Outubro de 1907. Este preceito conferia ao segurador um direito de resolver o contrato por falta de pagamento do prémio, não sem antes interpelar o devedor para cumprir, mediante carta registada. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 536; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 251-252. Actualmente, cfr. o disposto nos arts. 53.º/1 e 2 e 57.º/1 LCS. As partes podem, no entanto, dispor de modo diverso (arts. 57.º/2/b), 202.º e 203.º LCS).

aplicação o «regime especial», a celebração de um contrato de seguro criará, ou não, na esfera do tomador, um verdadeiro e próprio dever de prestar consoante o estipulado pelas partes.⁸⁰⁶

Tanto nos casos em que o pagamento do prémio corresponde a um pressuposto de eficácia do contrato de seguro, quanto naqueles em que corresponde ao cumprimento de um verdadeiro e próprio dever de prestar, estamos sempre perante uma prestação – uma conduta positiva ou negativa – mas que, nos primeiros casos, não corresponde ao cumprimento de uma obrigação. Em todos os casos, há uma atribuição do tomador ao segurador, pelo que podemos concluir que o contrato de seguro é, em todas as suas modalidades, necessariamente, um contrato oneroso – o que já decorreria, em todo o caso, do disposto no art. 1.º LCS.⁸⁰⁷ Contudo, deverá notar-se que este preceito menciona a «obrigação» de pagar o prémio, quando acabamos de ver que, em rigor, essa obrigação nem sempre existe. Nota necessária num contrato de seguro é a sua onerosidade: o pagamento do prémio tem de ser estipulado, expressa ou tacitamente, mas não necessariamente enquanto cumprimento de uma obrigação do tomador.⁸⁰⁸ Regressarei ao tema do prémio de seguro quando tratar da relação entre as atribuições das partes num contrato de seguro.⁸⁰⁹

Designadamente, podem estipular que a falta de pagamento do prémio, na data de vencimento, confere ao segurador o direito à resolução do contrato, com o consequente resgate obrigatório, o direito à redução do contrato, ou o direito à transformação do seguro num contrato sem prémio. Cfr. ainda o art. 187.º/1/a) LCS.

806 É frequente a estipulação de desvios ao regime geral dos contratos, nos seguros de vida inteira, entre outros motivos porque a existência da reserva matemática permite que, decorrido algum tempo de vigência, o contrato subsista mesmo sem o pagamento de quaisquer prémios adicionais, ocorrendo antes a sua redução. Cfr. o art. 203.º/1 LCS. Cfr. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 252-253. Sobre os direitos de resgate e de redução, veja-se *infra* o texto junto à n. 1249.

807 DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 37, afirma que há actualmente unanimidade na doutrina e jurisprudência alemãs quanto à natureza necessariamente onerosa do seguro. Em Itália, cfr. SCALFI, *Corrispettività*, p. 121. Sobre os contratos onerosos, cfr. *infra* o texto junto às nn. 1033 e 1074.

808 Esta dualidade de regimes, consoante um dado contrato seja uniobrigacional ou biobrigacional, ou não implique de todo uma vinculação a obrigações, ocorre em muitos outros contratos comumente classificados, globalmente, como obrigacionais. Desde logo na compra e venda, primeiro dos contratos em especial a ser objecto de regulação no nosso CC. Veja-se o caso, tão frequente, do contrato de compra e venda que se celebra em certas lojas quando se entrega ao caixa, em simultâneo, o objecto seleccionado e o respectivo meio de pagamento – por vezes denominado «compra e venda manual». Mesmo nestes casos, a doutrina alemã continua a identificar o contrato biobrigacional de compra e venda, que naquele país não tem efeitos translativos da propriedade, e o negócio dispositivo que as partes executariam em simultâneo. Cfr., por exemplo, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 393 (*Handkauf*). No nosso sistema, não parece justificar-se a ficção: trata-se, simplesmente, de um contrato de compra e venda sem efeitos obrigacionais.

809 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 981.

4.2. A atribuição do segurador

4.2.1. A sua prestação: o pagamento da indemnização

Do lado do segurador não se discute a questão de saber se, pelo contrato, este se vincula ou não a uma obrigação. É pacífico que o faz. Contudo, é acesa a discussão doutrinária acerca do conteúdo exacto da obrigação do segurador.⁸¹⁰

Nos primórdios da teorização sobre o contrato de seguro, este foi visto como um contrato inominado a que se aplicaria o regime do contrato com que tivesse maior afinidade, considerando-se que esse contrato seria a compra e venda.⁸¹¹ Escreveu PEDRO DE SANTARÉM:

«[O contrato de seguro é] a convenção pela qual, convencionando o preço dum risco, um toma sobre si o infortúnio do outro. (...) E, como se assemelha à compra, venda e locação, devido ao preço dado em razão do risco (...), deve regular-se segundo a natureza do contrato nominado, de cujas características mais participa.»⁸¹² E citando PEDRO CORNEU: «[É] um contrato inominado do tipo faço para que dê dinheiro, visto que aceito o risco, para que dê dinheiro.»⁸¹³

A prestação do segurador era vista como uma prestação de *facere* - como um serviço. Estava presente nesta concepção um certo grau de consciência da realidade económico-social subjacente ao seguro que, na primeira metade do séc. XX, foi muito sinteticamente expressa por HELPENSTEIN:

«Definimos o seguro: compra do bem segurança com vista a cobrir necessidades em casos incertos».⁸¹⁴

810 Para uma síntese pormenorizada da controvérsia, cfr. SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 8-70; e DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 84-92.

811 Cfr., neste sentido, BK/SCHWINTOWSKI, p. 48 m. 24.

812 PEDRO DE SANTARÉM, *Tractatus*, pp. 33 e 35. Cfr. BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 459-461.

813 PEDRO DE SANTARÉM, *Tractatus*, pp. 70-71.

814 HELPENSTEIN, *Theorie*, p. 34. Com efeito, a concepção da actividade seguradora como uma prestação de serviços não oferece grandes dúvidas aos economistas contemporâneos. Cfr. por exemplo FARNY, *Kostentheorie*, pp. 16-18; e MÜLLER, *Produkt*, pp. 155-156. Os autores afirmam que os seguros são sem dúvida bens económicos, de acordo com os critérios clássicos da existência de uma necessidade e da escassez de meios para a satisfazer, sendo a sua disponibilização qualificada como uma prestação de serviços. Cfr. LUKARSCH, *Wirtschaftsgut*, pp. 959 e 962-964. O autor afirma que a classificação do seguro como um bem económico e, dentro desta categoria, a sua classificação como uma prestação

Há uma certa contradição entre a caracterização da prestação do segurador como uma prestação de *facere* e a arrumação do contrato de seguro na gaveta da compra e venda. Contudo, no pensar do leigo, compram-se serviços como se comprem bens. Pode dizer-se, num sentido não técnico, que o contrato configura a «compra» de um bem, de algo a que se atribui valor. A esse algo poderá chamar-se o bem «segurança».⁸¹⁵ Mesmo na literatura jurídica não é invulgar encontrarmos referências ao seguro como um bem ou mesmo como um produto: um produto jurídico.⁸¹⁶ E na literatura jurídica de língua inglesa, à semelhança do que acontece no mercado dos seguros, ainda hoje se fala no acto de compra, ou venda, de seguros (*the purchase, or sale, of insurance*).⁸¹⁷

A «segurança» obtida ao contratar um seguro – a troca do incerto pelo certo num aspecto concreto da vida do segurado – é simultaneamente um efeito jurídico e um bem jurídico. Este bem jurídico, a que chamamos cobertura, é sem dúvida uma atribuição do segurador ao segurado, por mero efeito do contrato. Contudo, juridicamente falando, só podemos dizer, sem ser em sentido figurado, que com a celebração de um contrato de seguro o segurador «se obriga» a prestar ao segurado um bem jurídico denominado «certeza» ou

de serviços, já não se põe em causa. As dúvidas colocam-se quanto ao conteúdo desses serviços: em que actividades concretas se traduz a produção do bem segurança. O autor entende que essas actividades passam pela redacção das condições gerais, o cálculo dos prémios e a celebração dos contratos com os seus clientes e com os resseguradores. Caracteriza os serviços prestados pelos seguradores como «serviços de formação de potencial económico-financeiro».

815 MEHR/CAMMACK, p. 30. Os autores observam que, independentemente da verificação do sinistro, o seguro «ajuda a eliminar a ansiedade que o segurado possa ter acerca da possibilidade de vir a sofrer danos». Em suma, o seguro tem, para os segurados, uma utilidade anterior ao dano, para além de uma utilidade posterior ao dano (*preloss and postloss utility*). VAUGHAN, *Fundamentals*, p. 20, na mesma linha, afirma que o segurado recebe sempre algo de valor, ainda que não venha a sofrer danos: a promessa de uma indemnização em caso de sinistro. Esta promessa traduzir-se-ia na «libertação do fardo da incerteza». O jurista CLARKE, *Policies*, p. 4, nota que, num contrato de seguro, uma parte importa daquilo por que pagam os tomadores é simplesmente «paz de espírito». Outro jurista, BAKER, *Insurance Relationship*, p. 1428, diz essencialmente o mesmo, mas pela negativa, falando antes no propósito do tomador de «evitar aflições» (cfr. *supra* n. 329). Cfr. ainda BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 464 e 468; e SCALFI, *Corrispettività*, pp. 190-191; e *Assicurazione*, pp. 341-342. Este último qualifica a prestação do segurador como uma «prestação de garantia». Para o autor, esta prestação teria dois momentos, cada um com a sua própria utilidade: um momento subsequente à verificação do sinistro, em que a prestação se traduz no pagamento da indemnização, e um momento prévio à verificação do sinistro – *rectius*: independente da verificação do sinistro – cuja utilidade consiste, para o segurado, na «tranquilidade de ver-se indemnizado em caso de verificação do evento temido, utilidade essa que não é só um efeito reflexo de uma obrigação condicional de indemnizar, mas constitui com o débito de indemnização a unitária e completa descrição da garantia» (p. 190). O autor usa, neste contexto, um conceito amplo de prestação (cfr. *infra* n. 940).

816 Neste sentido, todo o *Rechtsprodukt* de DREHER (*maxime* p. 58). Cfr. ainda, na sua senda, WEYERS/WANDT, *I/V/R*, p. 2.

817 Veja-se, por exemplo, ISELIN, *Insurable Interest*, p. 4. O autor fala na compra (*purchase*) de seguros, nos compradores (*buyers*) de seguros, nos donos (*owners*) dos seguros. A linguagem é também comumente usada na lei. Cfr., por exemplo, a s. 1103.056 do Código de Seguros do Texas.

«segurança» se conseguirmos encontrar, no fornecimento deste bem jurídico, uma conduta vinculada a que possamos fazer corresponder o conceito de prestação.⁸¹⁸

Desde cedo houve autores que afirmaram que a única conduta a que o segurador se vincula num contrato de seguro é o pagamento de uma «indenização» em caso de sinistro. Para simplificar, far-se-á uso da palavra «indenização», nesta sede, em sentido amplo, sem denotar uma tomada de partido, minha ou destes autores, quanto à natureza propriamente indemnizatória ou meramente convencionada da prestação do segurador.⁸¹⁹ Podemos afirmar que a concepção tradicional sobre o conteúdo da prestação do segurador é justamente aquela, que na Alemanha ficou conhecida como a teoria da prestação em dinheiro.⁸²⁰ Faz-se referência à prestação em dinheiro também por uma questão de simplicidade de linguagem, para melhor a distinguir das restantes teorias, não obstante a generalidade dos autores que subscrevem a teoria reconhecer que a prestação do segurador em caso de sinistro não se traduz necessariamente num pagamento em dinheiro, podendo ter outro conteúdo qualquer.⁸²¹

Não obstante a sua simplicidade – diria mesmo o seu carácter de evidência – a teoria da prestação em dinheiro provocava, todavia, nalguns pensadores uma certa aversão, por ser como que contra-intuitiva, isoladamente considerada, na medida em que concebe o

818 O que não significa que, numa perspectiva económica, não possamos afirmar que um contrato de seguro opera uma troca, em que o tomador paga um preço – o prémio – pela aquisição de um serviço, a prestação de assunção de um risco pelo segurador. Neste sentido, designadamente, ALBRECHT/LIPPE, *Prämie*, p. 525 Esta perspectiva está de acordo com o pensamento de um típico tomador: o seguro é, efectivamente, normalmente encarado como um serviço que se adquire no mercado.

819 A questão foi tratada *supra*, no texto a partir da n. 509. Fi-lo a propósito da querela doutrinária entre os partidários das teorias monistas, indemnizatória e da necessidade eventual, e das teorias dualistas sobre a «função» do contrato de seguro. Afastei a teoria indemnizatória, o mesmo é dizer, neguei que todo o seguro desempenhasse uma «função» indemnizatória. Esta é característica definidora dos seguros de danos, não sendo, por conseguinte, nota necessária em todo o contrato de seguro. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações II*, p. 259, define a indenização como «uma obrigação cujo conteúdo redunda no dever de praticar uma actividade destinada a fazer desaparecer um dano». É exactamente isso que se passa nos seguros de danos, com a ressalva de que, nestes, se recorre a um conceito real de dano, distinto do que se usa no contexto da responsabilidade civil. Cfr. o art. 562.º CC. Cfr. *supra* n. 411.

820 *Geldleistungstheorie*. Na Alemanha, chamou-se-lhe em tempos a teoria velha, por contraposição à teoria da suportação do risco, que seria a nova teoria. Cfr. DE LA MOTTE, *Gegenleistung*, pp. 185-188; e MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 281. Na sua formulação tradicional, o seu maior cultor foi EHRENBURG, *VR I*, p. 56; e *PVR*, p. 10. Foram ainda partidários desta teoria: EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 162 n. 2; J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 90-91 e 114-117; e KISCH, *Handbuch II*, pp. 87-89. Em Itália: DONATI, *Trattato II*, p. 31; e *Begriff*, pp. 297-301. Em França: PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 48-50. Em Portugal, BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 787 (cfr. *infra* n. 884).

821 Em Portugal, cfr. o art. 102.º/3 LCS.

contrato de seguro, de certo modo, como um mecanismo mediante o qual se cruzavam (i) uma prestação incondicional: o pagamento do prémio; e (ii) uma prestação meramente condicional: o pagamento da indemnização em caso de sinistro.

Há quem rejeite a natureza condicional da prestação do segurador, porque a condição não seria um elemento essencial mas antes eventual de um contrato.⁸²² Certamente que não se trata aqui da condição regulada no nosso Código Civil.⁸²³ Esta condição não suspende a eficácia do contrato, apenas a de um dever de prestar.⁸²⁴ E desempenha no contrato de seguro um papel essencial, e não meramente eventual. O espírito subjacente ao regime da condição em sentido jurídico comum é diametralmente oposto ao do regime do contrato de seguro, na medida em que, no primeiro, o devedor nada deve fazer para impedir a ocorrência de uma condição suspensiva, enquanto no segundo o segurador tudo pode fazer com vista a impedir a ocorrência do sinistro, até mesmo impondo à sua contraparte certas medidas de precaução.⁸²⁵ A natureza supletivamente retroactiva dos efeitos da verificação da condição em sentido jurídico comum também não se compatibiliza com a natureza injuntivamente prospectiva dos efeitos da ocorrência do sinistro, que dá azo a uma situação nova, contemporânea à sua ocorrência. Ainda assim, com a ressalva de que não se trata de uma condição no sentido tradicional do termo, não vejo como não lhe chamar condição: uma condição de segundo tipo.⁸²⁶

A construção que contrapunha, no contrato de seguro, uma prestação incondicional e uma prestação meramente condicional colocava sérios entraves à defesa da natureza sinalagmática do contrato de seguro – sobre a qual me pronunciarei adiante.⁸²⁷ Para muitos, a negação da correspectividade das prestações num contrato de seguro correspondia à negação do que viam como uma evidência sócio-económica, metajurídica

822 Cfr. a discussão em BK/SCHWINTOWSKI, p. 50 m. 28.

823 Nos arts. 270.º a 277.º CC.

824 Cfr. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 127-170. O autor analisou os elementos de condicionalidade existentes, designadamente, nos contratos aleatórios, distinguindo-os dos contratos condicionais propriamente ditos, sujeitos a condição suspensiva, afirmando que, nos primeiros, só alguns efeitos se encontram suspensos – a exigibilidade de pelo menos uma das prestações essenciais – mas que o contrato é perfeito logo após a sua celebração, enquanto nos segundos todo o contrato fica suspenso, tornando-se perfeito apenas com a verificação da condição.

825 Neste sentido, FAGNART, *Condition et Aléa*, pp. 34-36.

826 Sobre o sentido amplo do termo «condição», cfr. *supra* o texto junto à n. 351.

827 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 909.

se não mesmo jurídica, a que, não obstante a variedade de formulações, julgo poder referir-me globalmente como a função de troca do contrato de seguro.

«Que este conceito é enganador é evidente e não requer grande explicação. (...) Se a prestação indemnizatória fosse efectivamente o produto do seguro, isso significaria que a maioria de tomadores sem danos se encontraria *sem seguro*.»⁸²⁸

4.2.2. Relevância económica e jurídica da suportação do risco

Surge então uma outra concepção, essencialmente destinada, na origem, a explicar a natureza sinalagmática do contrato de seguro, a que se chamou teoria da assunção ou suportação do risco.⁸²⁹ Para os seus partidários, pelo contrato de seguro o segurador «obrigar-se-ia» a suportar um risco, incondicionalmente, desde o primeiro momento de vigência do contrato. A suportação do risco corresponderia, para estes autores, a uma prestação duradoura. Com a celebração do contrato de seguro, surgiria de imediato na esfera jurídica do tomador uma expectativa, que corresponderia à prestação no seu «estado latente». A prestação passaria a um «estado agudo» quando a expectativa passa a direito – com a verificação do sinistro – que o segurado exerce, exigindo o pagamento da indemnização.⁸³⁰ Esta ideia colhe algum apoio na economia do seguro:

«Destas considerações resulta que a protecção do seguro não consiste no pagamento pelo segurador em caso de sinistro, mas sim na

828 MORDI, *Produktkonzept*, p. 85. Sobre a teoria do autor, cfr. *supra* n. 682.

829 *Gefahrtragungstheorie*. Os principais cultores desta teoria foram, numa primeira fase, STAUDINGER, *Rechtslehre*, pp. 55-56; e GRIESHABER, *Synallagma*, pp. 16 e 88-94. E mais tarde, mas mais desenvolvidamente, BRUCK, *PVR*, pp. 364-394, *maxime* pp. 364-368; e MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 109-111 mm. 40-45; em *Grundlagen*, pp. 14-16; em *Interesse*, p. 138; em *Moderne Theorien*, pp. 281-282; e em *VVR*, pp. 18-19. Cfr. ainda os seguintes partidários desta teoria: O. v. GIERKE, *DP III*, pp. 795-797; BÜCHNER, *Gegenseitigkeit*, pp. 435-436; REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, cc. 2366-2367; REICHERT-FACILIDES, *Konkretisierung*, pp. 421-434; DEUTSCH, *VVR*, pp. 111-112; WINTER, *Bedarfsdeckung*, pp. 94-97; WEBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 16, que no entanto procuram sublinhar a «diminuta relevância prática» da discussão, embora reconheçam, ao mesmo tempo, que esta tem a vantagem de explicar melhor algumas particularidades do direito do contrato de seguro. Em Itália, veja-se, por exemplo, BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 463-465 e 468. Em Portugal, o principal defensor desta teoria é MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 24-30. Cfr. ainda EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 7; GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 315-319; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 125 e 255-256.

830 Cfr. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 110 m. 42. REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2366, distinguia o resultado da prestação, que corresponderia ao pagamento regular das indemnizações, dos comportamentos, adiante descritos, de que se comporia a prestação.

disponibilização de um *potencial financeiro*, com que os tomadores podem contar, caso os atinja a verificação de um risco que antes os ameaçara.»⁸³¹

Explica, desde cedo, alguma doutrina germânica que a suportação do risco, em si mesma, é apenas um «estado de vinculação jurídica» (*ein Zustand rechtlicher Gebundenheit*) ou um «estado de responsabilidade» (*ein Haftungszustand*).⁸³² Não corresponde a uma prestação, no sentido jurídico comum do termo, relativamente a cuja «execução» possa ter-se alguma pretensão judicialmente exigível.⁸³³ Por este motivo, dificilmente se conseguiria enquadrá-la no conceito técnico de prestação presente, designadamente, no § 241 BGB – ou no nosso art. 397.º CC, com especial relevância para o art. 817.º CC.⁸³⁴

Como facilmente se compreenderá, aquilo a que se chama suportação do risco é, no seguro, um *mero efeito do contrato* a que não corresponde qualquer conduta do segurador e que, por conseguinte, não pode sequer ser *violado* pelo segurador.⁸³⁵ Em vista disso, critica-se, por vezes, na teoria da suportação do risco, o ater-se a realidades económicas sem correspondência no direito. No entanto, deverá reconhecer-se que os seus partidários se esforçaram por encontrar um conteúdo jurídico para esta prestação na própria *actividade seguradora*. Sustentaram que o segurador se vinculava à realização de actos como a constituição e organização da comunidade de riscos, que passaria pela selecção criteriosa e celebração sistemática de contratos de seguro, pela gestão dos fundos

831 LUKARSCH, *Wirtschaftsgut*, p. 960.

832 KISCH, *Handbuch II*, pp. 87-89. Cfr. ainda, no mesmo sentido, J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 91-91 e 115; RICHTER, *PVR*, p. 52; e JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 78 m. 22.

833 Encontramos esta explicação, designadamente, em DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 89-92. Sobre a distinção entre os efeitos obrigacionais e não obrigacionais dos contratos, veja-se *infra* o texto a seguir à n. 1285.

834 Por este motivo, não se compreende como pôde chegar-se à redacção, neste aspecto tão pouco rigorosa, do art. 1:201 (1) PEICL: «"Contrato de seguro" significa um contrato pelo qual uma parte, o segurador, *promete* a outra parte, o tomador, *cobertura* contra um risco especificado em troca de um prémio.» (itálicos acrescentados).

835 São, por conseguinte, pouco rigorosas as referências que encontramos, designadamente, em VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 255-256; ou em SILVA SANTOS, *Seguro de Crédito*, pp. 198-202, a uma suposta «obrigação de suportar o risco» do segurador. Esta autora chega a qualificá-la como uma obrigação de prestação imaterial *de facere*, tendo esse *facere* por conteúdo «dar segurança». Vamos encontrar semelhante qualificação em MARIA CLARA LOPES, *Responsabilidade*, p. 23. Cfr. ainda BIGOT, *Traité III*, pp. 30-32, que distingue, na mesma linha de raciocínio, a *obligation de couverture* e a *obligation de règlement* do segurador. Esta terminologia, actualmente muito difundida na doutrina francesa, foi inicialmente divulgada por MOULY, *Causes*, pp. 37 e 325-338. É justamente criticada por ANCEL, *Force Obligatoire*, p. 797. Cfr. *infra* n. 1301. Cfr. a tentativa, também de rejeitar, de enquadrar juridicamente a suportação do risco qualificando-a como uma obrigação de *pati*, em BOSELLI, *Alea*, pp. 472-473. Quanto a certas incursões da doutrina lusa em direcção muito semelhante, cfr. *infra* n. 801 (sobre a «obrigação de garantir»).

ao seu dispor, pela constituição de reservas, pela subscrição do resseguro.⁸³⁶ Eis uma boa descrição do que se exigiria, segundo estes autores, da actividade do segurador:

«[E]le deve obter e manter disponíveis meios líquidos. Isto pressupõe essencialmente o seguinte: a procura e angariação de um número suficiente de tomadores pagadores, a entrada dos prémios, a sua aplicação apropriada, a celebração de contratos de resseguro e a disponibilização dos montantes que a experiência demonstra serem necessários para fazer face aos sinistros que vão ocorrendo».⁸³⁷

O passo seguinte seria dado por alguns, com a defesa da chamada teoria da fidúcia.⁸³⁸ Esta concebia o segurador como fiduciário da comunidade de riscos.⁸³⁹ Alargando o espectro de análise para fora do âmbito restrito da prestação, a teoria da fidúcia assentava na ideia de que o segurador-fiduciário seria um proprietário por conta de outrem, só podendo usar os meios ao seu dispor para os fins do seguro, para a defesa de toda uma série de deveres relativos à administração do património, entre os quais o dever de diligência na celebração dos contratos de seguro apropriados e na construção de grupos de risco apropriados, bem como o dever de tratamento igual de todos os membros da comunidade de riscos.⁸⁴⁰

Nos EUA, o modelo da fidúcia é frequentes vezes referido pelos tribunais, sobretudo tendo em conta que, nos seguros de vida, e por vezes também nalgumas classes de seguros não-vida, o recurso a prémios constantes em situações de risco crescente resulta na existência de consideráveis reservas matemáticas, pela acumulação de elevados fundos

836 Veja-se, desde logo, BRUCK, *PIR*, pp. 394-401, quanto aos deveres de construção de reservas e outros durante todo o período do seguro. Estes autores encontrariam apoio legal para a sua teoria, alegadamente, no § 68 III VVG (devolução da parte do prémio relativa ao tempo ainda por decorrer). Mas cfr. o § 40 I VVG (não devolução da parte do prémio relativa ao tempo ainda por decorrer). Sobre as disposições equivalentes de direito nacional, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1227.

837 WEYERS/WANDT, *VVR*, p. 129.

838 *Trenhandthese*. Desenvolvida por J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 119-120. Este autor tinha, no entanto, como ponto de partida o reconhecimento de que a única prestação do segurador consiste no pagamento da indemnização.

839 J. v. GIERKE, *VR I*, p. 119: «A posição global do segurador é igualmente determinada pela comunidade de riscos. Ele aparece como fiduciário da comunidade de riscos.» Veja-se ainda ROYCE, *War and Insurance*, p. 9, que, no topo da sua utópica mútua das nações, via um conselho de proprietários fiduciários (*board of trustees*).

840 Sobre este último, cfr. *supra* n. 283. Na Alemanha, mostrou algum favorecimento da teoria da fidúcia, entre outros, KISCH, *Ethik*, pp. 279-280. Cfr. uma análise crítica da teoria da fidúcia em DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 133-135.

correspondentes, em termos económicos, a adiantamentos sobre riscos futuros. Por vezes, acrescenta-se que esses fundos «funcionam como» *trust funds* ou que correspondem a *quasi-trusts*, para acentuar que não o são propriamente. Mas nem sempre.

«Os fundos assim acumulados tiveram de ser preservados e aumentados pelo investimento avisado e prudente, para que se adequassem ao pagamento dos danos à medida a que fossem ocorrendo, frequentes vezes muitos anos depois do pagamento dos prémios. Por mais completa que fosse a propriedade da empresa sobre estes fundos, estes funcionavam na verdade como patrimónios fiduciários, pertencentes ao conjunto dos tomadores, e muitas vezes os tribunais assim os designavam.»⁸⁴¹

Numa orientação muito semelhante, temos ainda a teoria da gestão, que parte da afirmação de que a suportação do risco é a verdadeira obrigação do segurador.⁸⁴² Mas vai mais longe. Buscando inspiração nalgumas das ideias da teoria da fidúcia, a teoria da gestão pretende esclarecer que o segurador, com a suportação do risco, prestaria um serviço ao tomador, sob a forma de uma actividade económica independente por conta de outrem: a actividade de previdência.⁸⁴³ Com a tomada do interesse patrimonial do segurado por parte do segurador, nasceria uma «relação de confiança», relativamente à qual se cria estarem preenchidos todos os requisitos da gestão.⁸⁴⁴

Qualifica-se assim o contrato de seguro como um contrato de prestação de serviços.⁸⁴⁵ Mas não exactamente um contrato de gestão.⁸⁴⁶ Nesta formulação, a teoria não pretende

841 KIMBALL, *Public Policy*, p. 129.

842 *Geschäftsbesorgungstheorie*. Esta teoria foi primeiro formulada por EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, pp. 245-255; e *Zivilrecht*, pp. 191-193. Cfr., em especial, *Geschäftsbesorgung*, pp. 245 e 249-252.

843 *Vorsorgetätigkeit*. Cfr. EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, pp. 246-247.

844 EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, pp. 246-247. Aqui encontramos alguns pontos de contacto com a teoria da fidúcia (*Treuhandthese*) desenvolvida por J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 119-120.

845 EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, p. 248; e *Zivilrecht*, p. 192 n. 72. EICHLER seguia a posição do jurista polaco GORSKI, *Problèmes*, pp. 312-313, que afirmava ser essa também a posição maioritária na Polónia. E referia ainda a posição, isolada na Alemanha, de REIMER SCHMIDT, *Versicherungsvertrag*, c. 2366 (que, no entanto, não foi tão longe). Mais recentemente, qualificando o seguro como uma prestação de serviços, cfr. DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 59. Em Portugal, a caracterização do seguro como um contrato de prestação de serviços parece merecer a aprovação de CALVÃO DA SILVA, *BBS*, p. 20, para quem «o prémio de seguro aparece como custo ou preço de um serviço – o serviço de neutralização de riscos ou áleas». Cfr. ainda o Ac. RL 04.02.1999, p. 107: «A actividade seguradora consiste basicamente na cobertura de riscos em troca do pagamento de um preço. O serviço prestado em sinalagma desse preço é a cobertura de riscos e não propriamente o pagamento de uma indemnização ou do capital ou renda».

846 Regulado nos artigos §§ 675-676h BGB.

explicar o contrato de seguro como modelo de um contrato de gestão, mas apenas caracterizar o conteúdo da prestação de serviços do segurador como uma actividade de gestão, noção que é mais ampla, dado que também aparece no conteúdo de outros contratos típicos, como, o contrato de mandato.⁸⁴⁷ Bem como na figura da gestão de negócios.⁸⁴⁸ Entende-se, por conseguinte, que a actividade de gestão a que se vincula o segurador é uma verdadeira prestação no sentido do § 241 BGB.⁸⁴⁹

Há também quem sustente que o contrato de seguro se dividiria em dois contratos: (i) um contrato de seguro propriamente dito celebrado entre cada segurado e a própria comunidade de segurados – o verdadeiro segurador – e, em paralelo, (ii) um contrato de gestão celebrado entre cada segurado e a empresa de seguros. Nos seguros de vida de capitalização, teríamos ainda, como terceiro contrato, um contrato de poupança.⁸⁵⁰ Faz-se assim reviver, embora sob novas vestes, e combinando elementos de ambas, as teorias da fidúcia e da gestão.⁸⁵¹

Houve, por fim, quem levasse a teoria da gestão até às suas últimas consequências, qualificando o contrato de seguro como um contrato de gestão em sentido jurídico estrito – no sentido do § 675 BGB.⁸⁵² Um contrato de gestão na modalidade de contrato de prestação de serviços: tratar-se-ia de uma «prestação de organização». Os segurados teriam um «direito à constituição e administração da comunidade de riscos». Na sua actividade de gestão do património, o segurador cuidaria dos interesses patrimoniais de terceiros: os tomadores. E os prémios por si recebidos constituiriam, em parte, um património fiduciário do tomador. Ou seja, esses prémios deveriam ser divididos nas suas diversas componentes: uma quota-parte dos mesmos remuneraria a prestação de organização; a outra quota-parte, essa sim fiduciariamente transmitida ao segurador, corresponderia a um contributo de cada tomador para o fundo patrimonial da

847 Regulado nos artigos §§ 662-674 BGB. Traduzo *Auftrag* por mandato, com o alerta de que a figura não é idêntica ao nosso contrato de mandato. O dever típico do mandatário vem definido por referência à actividade de gestão (no § 662 BGB).

848 Regulada nos §§ 677-687 BGB. EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, p. 245.

849 EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, pp. 253-254. O conteúdo que lhe atribuía era o mesmo de que falam os partidários da teoria da suportação do risco, que no essencial se resume à organização da comunidade de riscos.

850 MEYER, *Grundlagen*, pp. 424-428.

851 Sobre a teoria da fidúcia de J. v. GIERKE e a teoria da gestão de EICHLER, cfr. *supra* o texto a partir da n. 842.

852 SCHÜNEMANN, *Rechtsnatur*, pp. 432-434.

comunidade de riscos; nos seguros de vida da modalidade de capitalização haveria ainda que separar uma terceira quota-parte, relativa à sua vertente poupança.

Numa linha um pouco distinta, relacionada com alguns aspectos que serão tratados mais adiante, há ainda quem, aceitando, como ponto de partida, a correcção da teoria da prestação em dinheiro, avance para a defesa da chamada função de optimização da actividade seguradora e do respectivo dever de optimização do segurador para com o tomador.⁸⁵³

«De resto, o contrato de seguro não se compreende inteiramente enquanto compra de uma pretensão condicional adiada (ou em termos económicos: troca da possibilidade de uma grande perda patrimonial pela certeza de uma pequena perda patrimonial). A medida da utilidade de um seguro depende da relação entre o prémio e o dano, avaliado de acordo com a esperança matemática. Por conseguinte, o seguro tem também a função de minimizar os custos do risco, ou seja, de optimizar a relação entre o prémio e a prestação de seguro. Desta função de optimização resulta (...) um dever de optimização do segurador.»⁸⁵⁴

Todas estas concepções foram alvo de muitas críticas. Contra as que se baseiam na vinculação do segurador a deveres de conduta relativos à organização da comunidade de riscos, afirma-se, como vimos, que, de um ponto de vista estritamente jurídico, dificilmente encontramos na lei – ou mesmo, de uma forma geral, nos próprios clausulados de contratos de seguro – uma base minimamente sólida para fundamentar a existência de deveres específicos de conduta do segurador perante o tomador em matéria de organização da comunidade de riscos. E que não há qualquer actividade do segurador com a qual o tomador possa concretamente contar, com base no contrato, para além da que consiste no pagamento da indemnização em caso de sinistro.

Mesmo admitindo-se a vinculação do segurador à prossecução de uma determinada actividade, não poderia, rigorosamente, designar-se esse vínculo como uma obrigação de

853 Neste sentido, JÜRGEN PRÖLSS, *Trenbänder*, pp. 487-535; e em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vorbem. II» pp. 52-54 mm. 2-2b e § 1 p. 78 m. 22. O autor analisa e rejeita, em particular, a teoria da fidúcia.

854 JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 78 m. 22. Este excerto toca na questão da relação de valor entre as atribuições das partes num contrato de seguro, que será tratada *infra*, no texto a partir da n. 909.

suportação do risco, visto que, em resultado de uma eventual abstenção ou mesmo de uma recusa do segurador em desenvolver qualquer espécie de actividade de organização de uma comunidade de riscos, nada se altera: o segurador continua vinculado ao pagamento da indemnização em caso de sinistro e, quanto ao mais, o tomador nada pode fazer acerca da sua inactividade. Uma grande parte dos partidários da teoria da suportação do risco acaba aliás por reconhecer que, face ao tomador, o segurador tem total liberdade para escolher como melhor actuar, optando por esta ou por aquela medida, ou mesmo por nenhuma medida, tendo o tomador, quando muito, a possibilidade de exigir uma protecção genérica do seguro.⁸⁵⁵ Embora se refiram, por vezes, à possibilidade de, em casos extremos, o tomador agir contra actos concretos do segurador que ponham gravemente em perigo a sua solvência.⁸⁵⁶ Para além desta dificuldade, um equívoco de que padecem pelo menos algumas das versões da teoria da suportação do risco está na ideia de que o segurado atingiria o seu objectivo com a mera promessa de prestação, que lhe bastaria a segurança contra o risco decorrente dessa promessa. Não é assim. O segurado fica, de facto, satisfeito com a mera promessa da prestação, mas apenas se não ocorrer o sinistro, porque, se o sinistro ocorrer, só satisfaz o seu interesse com a prestação propriamente dita.⁸⁵⁷

Contra as que se baseiam em noções de fidúcia ou de gestão de bens alheios, cumpre explicar que o segurador não gere o negócio do tomador mas sim o seu próprio negócio – no seu próprio interesse – não o fazendo por conta do tomador.⁸⁵⁸ O contrato de gestão pressupõe a existência de um negócio próprio de um sujeito que não o gestor, que depois será gerido por este, o que não acontece de todo nos seguros, não havendo qualquer apoio legal para o contrário.⁸⁵⁹ Relativamente a quem leva o seu pensamento até às últimas consequências, acrescenta-se a dificuldade de que o segurador – embora

855 Veja-se, nomeadamente, MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 282.

856 REICHERT-FACILIDES, *Konkretisierung*, p. 428; e MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 109 m. 41.

857 Neste sentido, SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 25.

858 Veja-se, por exemplo, DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 74-75. SCHMIDT-SALZER, *Versicherung*, pp. 616-619, nota que, para o tomador, é absolutamente indiferente o modo como o segurador reúne os meios financeiros necessários ao cumprimento do seu dever de prestar, em caso de verificação do sinistro. Basta-lhe, na altura, receber o pagamento devido. Sobre a desnecessidade do elemento mutualidade como nota distintiva do contrato de seguro, cfr. *supra* o texto a partir da n. 741.

859 SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur I*, p. 703; *Rechtsnatur II*, pp. 47-48; e BK/SCHWINTOWSKI, pp. 50-51 m. 29. No mesmo sentido, SCHIMIKOWSKI, *VVR*, pp. 22 e 178-179. O autor rejeita a qualificação do seguro como um contrato de gestão (*Geschäftsbesorgungsvertrag*). Afirma que a vinculação do segurador a um dever de organização da comunidade de riscos na qualidade de respectivo fiduciário não está de acordo com a sua previsão legal: § 1 VVG. O mesmo se diga do § 1 VVG 2008.

condicionalmente – também promete uma prestação em dinheiro, o que um puro contrato de gestão excluía, e que a totalidade do prémio também é por ele pensada como contraprestação.⁸⁶⁰

O que não significa que a actividade vinculada da seguradora se resuma ao pagamento da indemnização. Pense-se na actividade de aconselhamento do tomador por parte do segurador, por vezes semelhante à dos bancos, com todos os deveres de informação que a acompanham. Por isto, há quem entenda que o contrato de seguro pertence ao grupo dos contratos mistos.⁸⁶¹ Contudo, dir-se-á que a actividade de aconselhamento, fazendo parte da actividade seguradora, não faz parte do contrato de seguro individualmente considerado, a que apenas estão associados deveres legais de informação semelhantes aos dos outros ramos da economia em que impera a protecção ao consumidor. A aplicação destes deveres de informação não é pressuposto da qualificação de um dado contrato como um seguro mas, quando muito, consequência dessa qualificação – e nem isso é certo.

A gestão patrimonial desenvolvida pelo segurador segue apenas regras técnicas – algumas das quais plasmadas na lei – sem que possa no entanto dizer-se que o seu cumprimento decorre de supostos deveres jurídicos contratualmente estipulados perante os respectivos tomadores.⁸⁶² Igualmente críticos desta concepção, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, alguns autores argumentam que a construção fiduciária não corresponde à realidade dado que, entre outras coisas, é apenas o segurador, e nunca o tomador, que corre o risco – empresarial – de um deficiente cálculo dos prémios, e da consequente insuficiência do suposto fundo patrimonial da comunidade de riscos para a cobertura de todas as indemnizações.⁸⁶³

Apesar das múltiplas dificuldades com que se avêm, as teorias da suportação do risco e as teorias da fidúcia e da gestão, nas suas diversas formulações, tiveram o mérito de trazer à luz do dia a consciência, na actividade de produção de seguros, de uma prestação de serviços de contornos ainda não muito bem delineados.⁸⁶⁴

860 Cfr. a análise de SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 27-36.

861 SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur II*, pp. 51-52.

862 Neste sentido, DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 133-135.

863 HARTWIG/MÖHRLE, *Geschäftsbesorgungsvertrag*, pp. 35-38.

864 Cfr. a análise de DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 74-75. SCHMIDT-SALZER, *Versicherung*, pp. 616-619, compreende o seguro como uma técnica específica de prestação de serviços financeiros, que consiste

Para além das teorias ora analisadas, aventaram-se ainda algumas concepções aplicáveis a apenas algumas classes de seguros. Não serão aqui examinadas. Em jeito de ilustração, diga-se somente que há quem, por exemplo, chame a atenção para alguns outros elementos presentes nalguns contratos de seguro. Parte-se da análise do contrato de seguro de vida misto, em caso de vida e em caso de morte, em que, na vertente em caso de morte, há a transferência significativa de um risco de seguro, correndo o segurador o risco de uma morte prematura da pessoa segura, tratando-se portanto de um seguro de vida de risco, mas em que, na vertente em caso de vida, não se transfere qualquer risco de seguro, tratando-se antes de um seguro de vida de capitalização. Nesta última componente não há um seguro no sentido estrito acima fixado: o seu propósito é exclusivamente de investimento ou poupança. Analisa-se, em particular, o direito do segurado à participação nos resultados nesta modalidade de seguros.⁸⁶⁵ Os dados disponíveis sobre o mercado mostram que o segurado fica praticamente com a totalidade destes resultados (cerca de 98%). Daí se conclui por uma identidade de interesses entre segurador e segurado durante a vigência do contrato. Ambos ganham com a rentabilidade do investimento: o segurado, porque recebe uma participação maior nos resultados, e o segurador, porque essa rentabilidade lhe permite enfrentar melhor a concorrência. Defende-se então que, uma vez que o montante da contraprestação a que o segurado tem direito depende da rentabilidade que o segurador dá ao prémio que recebe, este contrato constituiria uma relação jurídica parciária.⁸⁶⁶

na ligação de duas promessas de pagamento de índole distinta, estabelecendo uma relação de valor entre uma promessa condicional de pagamento de um montante mais elevado e uma promessa incondicional de pagamento de um montante mais reduzido.

865 Veja-se, entre nós, o disposto no art. 205.º LCS. No regime anterior, cfr o que dispunham o art. 1.º/q) DL n.º 176/95 e a Secção IV da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro.

866 BASEDOW, *KLV*, pp. 436-441. Sobre os negócios jurídicos parciários, veja-se, em geral, o *Partiarischen Rechtsgeschäfte* de CROME; e LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, pp. 56-60. Entre nós, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 448-450; C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 405-406; e MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 477. Os negócios parciários caracterizam-se, muito sumariamente, pela participação de uma ou de ambas as partes no resultado do acto ou actividade económica de que tratam. Note-se, todavia, que enquanto os autores portugueses incluem nesta categoria os contratos de parceria, de associação em participação, de comandita e de sociedade, a doutrina alemã deixa bem claro que, embora contendo um elemento de direito societário, correspondente a uma certa comunhão de interesses, esta categoria não os inclui, dado que se trata ainda assim de uma subdivisão dos chamados contratos de troca. Neste sentido, veja-se ainda DIEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, pp. 378-381. O autor distingue os negócios parciários dos associativos pela natureza sinalagmática dos primeiros e não sinalagmática dos segundos.

4.2.3. A suportação do risco como contrapartida do pagamento do prémio

Ainda hoje há quem defenda que a suportação do risco é a verdadeira prestação a que o segurador se obriga.⁸⁶⁷ Assim se explica que na lei alemã não se tenha tomado posição nesta querela, deixando em aberto, ao contrário do que acontecera em anterior projecto, a questão de saber se, na organização da comunidade de riscos, o segurador actua por sua própria conta ou como gestor do interesse do tomador.⁸⁶⁸ Hoje, a teoria da prestação em dinheiro predomina largamente nas doutrinas de expressão germânica.⁸⁶⁹ A nossa lei é bem mais clara, determinando que o segurador «cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato».⁸⁷⁰

A teoria da suportação do risco já não beneficia do forte apoio de que gozou outrora, sobretudo porque, não tendo conseguido refutar convincentemente as várias críticas que lhe foram apontadas, perdeu ainda a sua principal vantagem quando os partidários da teoria da prestação em dinheiro passaram a aceitar, quase generalizadamente, a natureza sinalagmática do contrato de seguro.⁸⁷¹ Isto sucedeu, em grande medida, devido a uma

867 Cfr. SIEG, *AVVR*, p. 27; e WEYERS/WANDT, *VVR*, pp. 129-131. Estes últimos acabam, todavia, por afirmar que a opção pela teoria da suportação do risco ou pela teoria da prestação em dinheiro não tem quaisquer consequências práticas imediatas. Cfr. ainda, de certo modo, HENSSLER, *Risiko*, p. 246. No entanto, o autor não esclarece se utiliza o termo «prestação» no seu sentido jurídico escrito, do § 241 BGB. Veja-se ainda o art. 1:201 (1) PEICL (cfr. *supra* n. 834). Em Portugal, veja-se, por exemplo, MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 24-30; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 125 e 255-256. Também parecia ser esse o entendimento de ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 92-93 (que dava a entender tratar-se de uma prestação de facto negativo); e C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 661-662 (também nesse sentido). Cfr. ainda C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Apostas*, p. 21 (a propósito do jogo).

868 Cfr., neste sentido, BASEDOW, *VVG 2006*, p. 48. O autor sustenta que o legislador alemão procurou reconciliar os contributos das teorias da suportação do risco e da prestação em dinheiro, na redacção da primeira parte do § 1 VVG 2008 (cfr. a redacção *supra* n. 562). No mesmo sentido, MEIXNER/STEINBECK, *Neue VVG*, p. 7.

869 Di-lo e explica-o SCHIMIKOWSKI, *VVR*, pp. 21 e 177-179; e BK/SCHWINTOWSKI, p. 49 m. 27; e ainda HOFMANN, *PVR*, pp. 11-12. O mesmo não pode dizer-se da jurisprudência. Favoráveis à teoria da prestação em dinheiro, cfr. BVerwG 11.11.1986; OLG Karlsruhe 02.07.1987; e OLG Nuremberga 23.05.1991. O BGH, no entanto, parece pender no sentido da teoria da suportação do risco: cfr. BGH 06.07.2006. O tribunal segue a orientação previamente traçada pelo RG: cfr. RG 20.06.1902.

870 Cfr. o art. 1.º LCS. A teoria da prestação em dinheiro aparece ainda expressamente consagrada na lei belga, que define a prestação do segurador como a quantia a pagar ou o serviço a fornecer pelo segurador em execução do contrato de seguro (art. 1/F). Cfr. FONTAINE, *Assurances*, p. 120. BASEDOW/FOCK, *Rechtsvergleich*, pp. 52-55, adiantam que a questão de saber qual seja a prestação do segurador é discutida na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus analisados, e que em lado algum encontraram consenso.

871 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 909. HOFMANN, *PVR*, p. 12, defende que, dada esta evolução, se esbateram as diferenças práticas entre ambas as teorias.

crescente tomada em consideração de alguns desenvolvimentos doutrinários ocorridos a partir da década de 30 do séc. XX, que analisarei mais detalhadamente a propósito do sinalagma, mas entre os quais sobrepõe o contributo de HAYMANN.⁸⁷²

HAYMANN protagonizou a defesa do que pode qualificar-se como um meio termo entre as teorias da suportação do risco e da prestação em dinheiro, numa concepção a que veio a chamar-se teoria da contrapartida da suportação do risco.⁸⁷³ O seu contributo desencadeou toda uma série de modificações doutrinárias, constituindo o marco de transição entre a teoria da prestação em dinheiro, na sua vertente clássica, e os diversos matizes que vieram a aparecer da chamada teoria modificada da prestação em dinheiro.⁸⁷⁴ Diversamente do que se passou com a sua congénere tradicional, na teoria modificada da prestação em dinheiro reconhece-se um lugar à suportação do risco, que se remete de início para um domínio económico, reservando-se ao pagamento da indemnização a qualificação como prestação, no sentido do § 241 BGB.⁸⁷⁵

HAYMANN deu azo a esta evolução, essencialmente, na medida em que separou os domínios da onerosidade e da sinalagmaticidade, considerando, por um lado, que a única verdadeira prestação, em sentido jurídico, é a que ocorre após o sinistro, mas conferindo alguma relevância à suportação do risco, na qual vai encontrar a «contrapartida» (*Entgelt*) do pagamento do prémio – aquilo de que este é remuneração – um dos lados da relação de onerosidade – embora não a sua «contraprestação» (*Gegenleistung*).⁸⁷⁶ A partir desta separação das águas, a doutrina partiu para outras construções. Compreendeu-se que poderia dar-se algum relevo jurídico à suportação do risco sem espartilhá-la nos

872 Cfr. o *Gegenleistung* de HAYMANN (1933).

873 *Theorie des Gefahrtragungsentgelts*. Assim a designou SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 9 e 39-43.

874 Os mais emblemáticos cultores da teoria modificada da prestação em dinheiro são: SIEBERT, *Risikogedanke*, pp. 129-137; KOENIG, *Schw. PVR*, pp. 97-99; SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, *maxime* p. 54; e DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 89-92. Veja-se ainda RICHTER, *PVR*, p. 52; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 pp. 77-83, *maxime* p. 78 m. 22; SCHIMIKOWSKI, *VVR*, pp. 21 e 177-179; e HOFMANN, *PVR*, pp. 11-12 e 176.

875 EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, p. 251.

876 HAYMANN, *Gegenleistung*, pp. 54-77. Cfr. a análise crítica da sua posição *infra* a partir da n. 915. Embora desenvolvida por HAYMANN, esta distinção já transparecia em KISCH, *Handbuch II*, pp. 87-89. O autor defendia que a única prestação do segurador era a prestação em dinheiro, pois a suportação do risco não era, do ponto de vista jurídico, uma prestação, mas um «estado de vinculação jurídica» (*ein Zustand rechtlicher Gebundenheit*). Acrescentava, contudo, que o segurador não perdia o direito aos prémios nos casos em que não chegasse a prestar, porque «o pagamento do prémio é a contrapartida da suportação do risco pelo segurador» (p. 87). Sobre a distinção entre os contratos onerosos e sinalagmáticos, cfr. *infra* n. 968. Em Portugal, esta ligação de corresponsabilidade entre a suportação do risco e o prémio foi desde logo reconhecida por PEDRO DE SANTARÉM, *Tratatus*, pp. 158-162.

contornos de uma prestação. Aventaram-se algumas explicações para o fenómeno. Houve, por exemplo, quem sustentasse que a suportação do risco seria um aspecto «funcional» mas não «técnico-formal» do contrato de seguro: que, embora não consistisse num dever de prestar, a suportação do risco incluir-se-ia, funcionalmente, no dever condicional de prestar em caso de ocorrência do sinistro.⁸⁷⁷

No contexto da actividade seguradora, tratando-se de uma actividade regulada, a falta de pretensão de direito privado do tomador relativamente à actividade do segurador é, de algum modo, compensada pelos deveres do segurador para com o interesse público, feitos valer pelo Estado.⁸⁷⁸ Há no seguro uma interligação entre elementos de direito privado e de direito público, com a imposição de limites à autonomia privada para protecção dos interesses dos particulares.⁸⁷⁹ Mas a sua presença não obscurece a circunstância de, perante o tomador, o segurador não se vincular ao cumprimento de quaisquer deveres de conduta para além do pagamento da indemnização em caso de ocorrência do sinistro. No nosso ordenamento jurídico, como no alemão, o pagamento da indemnização é a única prestação susceptível de se enquadrar no art. 397.º CC (e no regime associado).⁸⁸⁰ É essa a única obrigação que, como todas as obrigações, vincula o segurador a um dever de prestar, aqui perante o tomador, titular de um direito à prestação. O resto cabe ao direito institucional de seguros e pertence ao âmbito das relações entre o segurador e o Estado.

Regressando ao âmbito do direito dos contratos, temos duas hipóteses: ou trabalhamos com o conceito jurídico comum de prestação, ou com um conceito alargado de prestação, mais próximo do de atribuição. No primeiro caso, como disse, não posso senão afirmar que o dever de prestar do segurador corresponde ao dever de indemnizar o segurado em caso de ocorrência do sinistro, pois nada permite chegar a outra conclusão. Se, pelo contrário, trabalharmos com um conceito alargado de prestação, a afirmação de que a suportação do risco é, também ela, uma prestação só fará sentido se dela se retirar

877 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 54.

878 Neste sentido, DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 89-92 e 136-141.

879 KOENIG, *Schm. PVR*, pp. 98-99, também distinguia os deveres legais de direito público a que está vinculado o segurador dos seus deveres contratuais para com o tomador. Afirmava que este último não teria qualquer direito a uma actividade concreta do segurador para além da de pagamento da indemnização.

880 Trata-se, sobretudo, dos arts. 512.º a 561.º e 577.º a 873.º CC. Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Regulações do Dono*, p. 283 n. 55.

alguma consequência jurídica. O que exige, no mínimo, alguma ponderação, na medida em que este novo conceito diverge do usado na lei. A questão será retomada quando analisar a questão do sinalagma no contrato de seguro.⁸⁸¹ Não podemos é fugir à conclusão de que, numa perspectiva estritamente jurídica, a suportação do risco – a cobertura – não corresponde a uma conduta, mas sim a um estado de vinculação em que o segurador se coloca por efeito da celebração do contrato.

É preferível a expressão «estado de vinculação» à expressão «estado de responsabilidade», porque esta última poderá dar azo a confusão, levando a crer que, no seguro, o dever de indemnizar do segurador seria um dever secundário e não um dever primário de prestação.⁸⁸² Não se trata aqui, com efeito, de responsabilidade, no sentido em que o termo é usado na expressão «responsabilidade civil», mas antes num sentido próximo de «sujeição».⁸⁸³ Não poderemos, no entanto, falar de uma sujeição em sentido jurídico rigoroso como o fazemos, designadamente, no contexto do contrato de opção, em que, do lado activo, temos um direito potestativo.⁸⁸⁴ Há no seguro uma «sujeição» às consequências da ocorrência do sinistro que, antes do contrato, era indiferente ao segurador mas que, desde a celebração, passa a ter como efeito – jurídico e não meramente económico – tornar exigível a prestação a que o segurador condicionalmente se vinculava. Para evitar a confusão, prefiro falar simplesmente num «estado de

881 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 909.

882 Cfr. UNBERATH, *Transferred Loss*, pp. 158-159, sobre a circunstância de o direito inglês tratar a acção para o pagamento de uma indemnização de seguro como uma exigência coerciva do cumprimento, não da *primary obligation of performance*, mas antes da *secondary obligation to pay damages in the absence of performance*, com a consequência, entre outras, de que não pode exigir-se qualquer indemnização por danos resultantes da mora no pagamento dessa indemnização. Sobre a questão, cfr. ainda as observações muito críticas de CLARKE, *Policies*, pp. 244-247 e 355. O autor esclarece que, no direito inglês, as acções contra os *contingency insurers* são qualificadas como *actions in debt* mas as acções contra os *indemnity insurers*, essas sim, consideram-se *actions in damages*. Resultado: não pode haver *actions in damages for the non-payment of damages*. O autor aponta como a afirmação de que não pode pedir-se uma indemnização pelo incumprimento de uma obrigação de indemnizar, actualmente tida pelos tribunais como certa, se funda numa sucessão de leituras menos correctas dos precedentes, que deu azo a uma pirâmide invertida apoiada num único *dictum* facilmente rebatido com base nas especiais circunstâncias do caso em apreço: *President of India v Lips Maritime Corporation* (1988), p. 424.

883 Ambas se traduzem em inglês pelo termo *liability*.

884 O uso, com este sentido e no contexto do seguro, do termo «sujeição» é defendido pelos autores italianos GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 182-238; e PURCARO, *Ass. Per Conto*, p. 28. Em Portugal, cfr. BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 787. O autor começa por reconhecer a sua «dificuldade em compreender uma prestação, portanto uma conduta humana, que não seja reconduzível, ao menos, a um *non fare*». Nota que «o segurador não está vinculado a qualquer dever de conduta positivo ou negativo, mas, sim, sujeito a que surja na sua esfera jurídica o dever de pagar uma quantia, por superveniência do evento». Conclui que a sua situação passiva tem «a natureza jurídica duma sujeição». Acrescenta que a esta sujeição não se opõe um direito potestativo. Encontra «o sinalagma das obrigações» na relação «entre uma prestação e uma sujeição».

vinculação» para me referir a esta atribuição decorrente da mera celebração do contrato que comumente denominamos «cobertura».

Do que já se disse poderá concluir-se que a defesa da teoria da prestação em dinheiro não implica uma resignação à total irrelevância jurídica da suportação do risco no campo do direito contratual dos seguros. A rejeição da qualificação de tudo o que não seja o pagamento da indemnização como prestação do segurador em sentido jurídico comum – e portanto que haja uma qualquer vinculação do segurador à prática de quaisquer actos para além do acto de indemnizar em caso de sinistro – não significa que não se considere a juridicidade do estado de vinculação em que consiste a atribuição inicial do segurador. Na verdade, não obstante não se tratar de uma prestação, a suportação do risco – a cobertura – consubstancia inegavelmente uma atribuição do segurador ao segurado, correspectiva do pagamento do prémio.⁸⁸⁵ Com efeito, desde o início de vigência do seguro, o segurado, pelo mero efeito de se encontrar coberto pelo seguro, adquire uma utilidade imediata que extravasa o conteúdo da prestação eventual, com um valor actual distinto do valor eventual correspondente à indemnização. Esta ideia será facilmente visualizada se se imaginar o movimento de inclusão do custo de um seguro no passivo do balanço de uma sociedade comercial, acompanhado pelo movimento, de sentido inverso, de eliminação de uma provisão, anteriormente exigida para fazer face ao risco de uma despesa maior que já não se fará.

Atente-se na seguinte afirmação:

«Por fim, encontramos uma diferença prática entre a teoria da prestação em dinheiro (...) e as teorias da suportação do risco e da gestão no que respeita à execução de contratos de seguro nulos. De acordo com a teoria da prestação em dinheiro, o segurador não pode contrapor à pretensão de enriquecimento sem causa do tomador (prémio) o ter realizado temporariamente uma destas prestações a compensar (suportação do risco ou gestão).»⁸⁸⁶

885 Nesse sentido, inegavelmente, o disposto no art. 51.º/1 LCS. Cfr., na vigência do regime anterior, o Ac. RL 04.02.1999 (*supra* n. 845). PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 8, enuncia, entre os vários exemplos de atribuições contratuais não obrigacionais, a cobertura num contrato de seguro (al. o).

886 JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 81 m. 25. Cita numerosa jurisprudência nesse sentido. Cfr. ainda SIEG, *Betrachtungen*, pp. 311-312. O autor ocupa-se, entre outras questões, do problema de saber se, no caso de um contrato de seguro que se anula, no entretanto, o tomador terá

Não é assim. A afirmação em apreço, que se encontra com alguma frequência na doutrina alemã, pressupõe que, em caso de invalidade de um contrato, as partes terão apenas de restituir o que tiver sido «prestado». É também essa a linguagem da nossa lei que, não se cingindo embora ao domínio da obrigação, restringe o seu efeito, na sua letra, ao domínio da prestação.⁸⁸⁷ Mas não pode ser assim. O preceito em causa deverá ser extensivamente interpretado, para abranger, não somente o que as partes houverem prestado, mas também o que tiverem atribuído uma à outra em virtude do contrato. Outra conclusão não faria sentido, dado que a invalidade destrói a fonte, quer do que houver sido percebido em resultado de um comportamento humano, quer do que houver sido percebido sem ser em resultado de um comportamento humano, desde que a percepção, ou em geral o benefício, tenha tido a sua fonte no contrato. Mas a isto acresce que, nos contratos sinalagmáticos, a relação de interdependência a ter em conta em caso de impossibilidade total ou parcial de restituição não respeita só a prestações, mas também, quando for o caso, a outras atribuições das partes. JÜRGEN PRÖLSS, na afirmação acima transcrita, não é coerente com a concepção, que ele próprio aceita, segundo a qual a correspondência – a que chama «onerosidade» – não se dá apenas entre obrigações ou prestações. No contrato de seguro, o sinalagma estabelece-se entre a cobertura, que é uma atribuição de natureza distinta, e, conforme os casos, a obrigação de pagar o prémio ou o efectivo pagamento do prémio.

A teoria da suportação do risco deve ser rejeitada, mas reconhecendo-se-lhe a virtude de ter alumiado a complexidade do processo económico – mas não jurídico – de produção do produto seguro.⁸⁸⁸ As tentativas de superar as dificuldades que enfrenta esta teoria pelo caminho da fidúcia ou da gestão de bens alheios tão-pouco serão, em meu entender, a via mais acertada para dar algum relevo jurídico à suportação do risco. No que concerne

recebido ou beneficiado de algo – *n.g.* suportação do risco – cujo valor deva restituir, de acordo com o disposto no § 818 BGB (enriquecimento sem causa). Em caso afirmativo, à pretensão do tomador à restituição do prémio opor-se-ia uma pretensão simétrica do segurador, e na prática nada se restituiria. As posições na doutrina dividem-se. SIEG, apesar de partidário da teoria da suportação do risco, entende que o segurador não pode invocar, ele próprio, o enriquecimento sem causa do tomador, mas que, em resposta a uma invocação de enriquecimento sem causa por parte do tomador, pode alegar em sua defesa o desaparecimento do enriquecimento – designadamente em atenção aos encargos que tenha tido com o contrato.

887 Cfr. o art. 289.º CC. Em direito alemão, a questão resolve-se por via do enriquecimento sem causa: § 812 BGB. Para a análise, quanto a este aspecto, do regime do contrato de seguro, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1199.

888 DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 89-92 e 136-141.

ao nosso ordenamento jurídico, entendo que são mesmo desnecessárias, visto que a suportação do risco retira todo o relevo jurídico de que carece da sua recondução a esta atribuição que caracterizei como um estado de vinculação do segurador, em troca da qual o tomador paga o seu prémio.⁸⁸⁹

4.3. Síntese: o objecto do contrato de seguro

Antes de avançarmos para a análise da relação entre as atribuições das partes, sopesemos as afirmações de que o risco e/ou o interesse constituiriam o «objecto» do contrato de seguro.⁸⁹⁰ Não é claro o que isto significa, se o significado de tais afirmações se reveste de alguma importância, ou se se trata apenas de uma questão terminológica, de uma forma, sem qualquer outro alcance, de dar algum relevo a estas duas notas necessárias no contrato de seguro.⁸⁹¹

A doutrina distingue, tradicionalmente, entre o «objecto imediato» ou conteúdo de um negócio jurídico – isto é: os seus efeitos jurídicos – e o respectivo «objecto mediato» – a saber: os bens sobre que incidem esses efeitos jurídicos.⁸⁹² Actualmente, a preferência aponta no sentido de se reservar o termo «objecto» para as referências a este último, num sentido mais estrito, optando-se por fazer referência ao primeiro unicamente por via do termo «conteúdo».⁸⁹³

889 A questão da relação de troca entre a cobertura e o prémio será retomada mais adiante. Cfr. *infra* o texto junto a n. 936.

890 FERRARINI, *Interesse*, pp. 13-21, notava que as teorias do risco e do interesse como objecto do contrato de seguro surgiram na sequência da constatação de que não poderia ser a própria coisa segura o verdadeiro objecto do contrato de seguro. Cfr., por exemplo, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 57; e *Relatório*, p. 96 (o risco como objecto do seguro). Cfr. KISCH, *Handbuch III*, pp. 8-9; URÍA, *Derecho Mercantil*, pp. 756-757; e DEUTSCH, *VVR*, p. 55 (o interesse como objecto do seguro).

891 Vejam-se as observações de VELOSO, *Risco*, pp. 335-336 n. 66. O autor refere os exemplos de EHRENZWEIG e MÖLLER, que não vêem qualquer utilidade no debate sobre o objecto de um contrato, conceito em seu entender demasiado flutuante, resumindo-se a discussão a uma questão de palavras sem relevância para a estruturação da ordem jurídica. Cfr. as afirmações veementes de EHRENZWEIG, *Grundprobleme*, p. 375. VELOSO insurge-se ainda contra a qualificação do risco como «causa» do contrato. Veja-se, por exemplo, DONATI, *Trattato II*, p. 5. Direi eu que a «causa» será outro conceito porventura demasiado flutuante. Sobre a controvérsia em torno da qualificação do risco na sua relação com o contrato de seguro, cfr. ainda SCALFI, *Assicurazione*, p. 336.

892 Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, p. 327. O autor afirmava que o objecto imediato do negócio jurídico se reconduzia a algum dos três tipos já conhecidos: a constituição, a modificação ou a extinção de relações jurídicas; e que o objecto mediato do negócio jurídico, ou das relações que este se propõe constituir, modificar ou extinguir, podia ser uma ou mais coisas corpóreas ou incorpóreas, uma ou mais prestações, ou mesmo uma pessoa.

893 Neste sentido, CASTRO MENDES, *Teoria II*, p. 282; MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 673-674; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 599-607; e *Contratos II*, pp. 11-15. Este último autor sustenta que o chamado objecto imediato não designa nada para além dos efeitos jurídicos do negócio jurídico, pelo que «não merece ser destacado na decomposição estrutural do texto» (p. 601 do *Texto*). Para o autor,

Se pensarmos no «objecto imediato» do contrato de seguro – o seu conteúdo – identificamos como seu efeito jurídico, antes de mais, o *estado de vinculação* em que se consubstancia a cobertura. É esta, como vimos, a *atribuição característica* do contrato de seguro: este tipo contratual individualiza-se, não por uma qualquer prestação característica, mas antes pela atribuição característica a que se chama cobertura.⁸⁹⁴ Este estado de vinculação consiste na *determinação contratual* da possibilidade, fora do controlo do segurador, de constituição da obrigação de pagar a indemnização. Essa obrigação, uma vez constituída, também fará parte do conteúdo do contrato de seguro. Temos ainda, como parte desse conteúdo, a obrigação incondicional de pagar o prémio, nos casos em que existe – vimos que entre nós nem sempre é assim.⁸⁹⁵ E toda uma série de deveres secundários ou acessórios e outros efeitos que nesta sede não merece a pena referir. Embora as referências ao risco e ao interesse façam parte do texto de um contrato de seguro, como suas notas necessárias, não podemos dizer que façam parte do conteúdo do contrato de seguro: não constituem seus *efeitos jurídicos*.⁸⁹⁶

Passemos ao «objecto mediato» do contrato de seguro – o seu objecto em sentido estrito. São estes os *bens* em que incidem os respectivos efeitos jurídicos. No caso do contrato de

objecto negocial «em sentido próprio e diferenciado de outros elementos» é o objecto mediato: «a referência a cada um dos bens a que dizem respeito as funções negociais e sobre os quais incidem os seus efeitos.» (pp. 601-602 do *Texto*).

894 A expressão «prestação característica» provém do direito internacional privado. Cfr. E. GALVÃO TELES, *Prestação Característica*, pp. 71-183, *maxime* pp. 103-106, que a define como «a prestação que dá uma configuração própria ao tipo contratual em causa, por traduzir a sua função económica e social essencial» (p. 104). Todavia, a sua utilidade estende-se a todo o direito privado. Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 522 n. 11. Aqui adapto-a ao que entendo serem as necessidades da ciência do direito privado, cunhando a expressão «atribuição característica», não sem notar que, mesmo em direito internacional privado, a primeira expressão nem sempre tem vindo a mostrar-se a mais feliz. E. GALVÃO TELES exprime algumas reservas quanto a ela. Para a autora, sustentar que a função de um contrato é absorvida por uma das prestações contratuais e se esgota na esfera social de uma das partes revela «uma visão artificial e redutora da função económica e social dos contratos» (p. 175). Para além do que, «o verdadeiro problema da consagração da regra da prestação característica está na sua crescente inaptidão face à evolução tanto do direito material dos contratos como de alguns aspectos do DIP em geral». (p. 177). Para o que nos interessa, considere-se o contrato de garantia autónoma. Neste, diz a autora, «é característica a prestação do garante, contra a do garantido.» (p. 166) Mas que prestação do garante será esta? O pagamento de uma quantia pecuniária? Julgo que melhor se descreve a situação afirmando que característica do contrato de garantia autónoma é a atribuição no seu conjunto – a garantia propriamente dita.

895 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 782.

896 BOSELLI, *Alea*, p. 472, calculava que a origem das afirmações de alguma doutrina que via no risco o objecto dos contratos aleatórios, entre os quais o de seguro, estivesse no uso da expressão «transferência do risco». Com efeito, ao falar-se em transferência, usa-se, embora impropriamente, o mesmo termo utilizado nas referências à transferência (transmissão) de situações jurídicas que é efeito de muitos contratos. Mas em rigor, como vimos, o risco não é uma situação jurídica, nem pode ser objecto de uma transferência, no verdadeiro sentido da palavra.

seguro, temos antes de mais as próprias prestações: o pagamento do prémio e o pagamento da indemnização. Temos ainda o objecto das prestações: o dinheiro do prémio e o dinheiro da indemnização.⁸⁹⁷ Mas temos mais do que isso do lado do segurador: temos, muito naturalmente, o bem cobertura.

Num certo sentido, poderia dizer-se que a cobertura incide sobre o risco – trata-se afinal da cobertura de um risco. Também poderia afirmar-se que incide sobre o interesse – aquilo que o seguro visa proteger. Mas o risco não é sequer um bem. O interesse é um bem – o bem sobre que incide o seguro, no sentido de que, como vimos, o seguro protege o interesse do segurado nas coisas e pessoas seguras, e não as próprias coisas ou pessoas seguras.⁸⁹⁸ Simplesmente, não é neste sentido que se diz que o objecto do contrato é constituído pelos bens em que incidem os respectivos efeitos jurídicos. Objecto do contrato será *aquilo que este proporciona*. Num contrato celebrado com uma oficina, objecto não é o veículo que o mecânico conserta mas sim o serviço que presta ao consertá-lo. Do mesmo modo, num contrato de seguro, objecto não é o interesse protegido pela cobertura mas sim a própria cobertura, ou seja o estado de vinculação que traduz numa *possibilidade de constituição* da obrigação de pagar a indemnização, dependente da verificação do sinistro. A cobertura é ela própria um bem, que faz parte do objecto do contrato de seguro, sem com isso deixar de fazer parte do seu conteúdo, na medida em que a sua determinação contratual é também um seu efeito jurídico.

Vejamos então como posicionar os elementos do risco e do interesse em face do contrato. No plano da qualificação, sabemos que as referências ao risco e ao interesse devem integrar o seu texto – são notas necessárias num contrato de seguro, no sentido em que nenhum contrato pode qualificar-se como um seguro sem as ter no seu texto.

897 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, p. 230. O autor entende que o objecto de uma relação jurídica são os «bens que através dela são afectados». No contrato de seguro, esses bens seriam as prestações efectuadas pelo tomador e pelo segurador e, mediamente, as coisas que integram o objecto dessas prestações, quando são de *dare*. Supomos que, na distinção do autor, para além das prestações, deveria ainda identificar-se como «objecto» do contrato de seguro o objecto da atribuição – o objecto do estado de vinculação denominado cobertura, a que me refiro no texto.

898 Quando se diz, como se disse acima, que, paralelamente ao que aconteceu na teoria geral do direito privado, ocorreu a certa altura no direito dos seguros uma subjectivação do objecto da protecção do seguro, por via da qual deixou de se encarar a coisa como seu objecto e passou a conceber-se a relação entre o sujeito e a coisa – o interesse – como o verdadeiro objecto da protecção do seguro, usa-se o termo «objecto» com o sentido distinto, semelhante ao que usaríamos se, no exemplo dado em seguida, nos referíssemos ao veículo concertado pelo mecânico como o objecto da sua actuação. Cfr. *supra* o texto junto à n. 458.

Mas vimos que não integram o seu conteúdo, como seus efeitos jurídicos. No plano da admissibilidade, o risco e o interesse são *pressupostos* do contrato de seguro – sem a sua existência o contrato é nulo ou caduca. Contudo, não fazem parte do seu objecto, não se contando entre os bens que o contrato proporciona.

Não obstante o que acaba de dizer-se, não é menos verdade que uma das principais consequências da falta de risco ou de interesse é a impossibilidade do seu «objecto». Como explicá-lo? Note-se, antes de mais, que o que acima se disse acerca do termo «objecto» não prejudica o facto de estar assente na doutrina que deve ter-se como abrangendo ambos os sentidos – de «objecto mediato» e «imediatamente» – a referência ao «objecto» constante do art. 280.º/1 CC.⁸⁹⁹ O contrato de seguro será nulo por impossibilidade do objecto sempre que, ao tempo da sua celebração, faltem o risco ou o interesse de seguro.⁹⁰⁰ Tudo isto respeita, claro está, ao que sucede fora do contrato. Não é no texto contratual que encontramos o risco e o interesse cuja falta determina a nulidade do contrato. Este será nulo porque, faltando o risco, não podemos obviamente cobri-lo, e porque, faltando o interesse, não podemos falar verdadeiramente em risco, pelo que tão-pouco podemos cobri-lo.⁹⁰¹ Trata-se, por conseguinte, de casos de nulidade do contrato por impossibilidade do objecto. Se a falta for superveniente, o contrato cessará os seus efeitos – caducará – igualmente por impossibilidade do objecto.⁹⁰² No caso de se contemplar no contrato o seguro de um interesse futuro, caso em que a cobertura só produziria efeito a partir do momento em que o interesse passasse a existir, se o interesse nunca chegar a verificar-se, o contrato também caduca.⁹⁰³

899 Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 674; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 601.

900 Neste caso, não tem aplicação o art. 280.º/1 CC, visto existirem as regras especiais dos arts. 43.º/1 e 44.º/1 LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 428.º/§ 1 e 436.º CCom. Neste sentido, MÖLLER, *Interesse*, p. 139, referindo-se ao art. 1346 do CCit.

901 Um pouco distinta, embora com o mesmo resultado prático, é a perspectiva do direito inglês. Cfr. a afirmação do Lorde Mansfield em *Tyrie v Fletcher* (1777), p. 668: «O segurador recebe um prémio por correr o risco de indemnizar o segurado, pelo que, se, por qualquer motivo, não chegar a correr esse risco, falha a contrapartida em razão da qual o dinheiro foi posto nas suas mãos, e por conseguinte deve devolvê-lo.» Digna de nota é ainda que, mesmo nos ordenamentos jurídicos continentais, a impossibilidade originária tende a deixar de ser causa de nulidade dos negócios jurídicos. É esse o caso do BGB, desde a recente *Modernisierung*. Cfr. os §§ 275 e 311a BGB.

902 Cfr. o art. 110.º LCS. Na vigência do regime anterior, embora a lei não fosse tão clara, também se entendia que o requisito do interesse de seguro também se aplicava, quer no momento da contratação, quer no do sinistro, quer em todos os demais, durante a vigência do contrato de seguro. Cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 154; e CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 513. Na Alemanha, cfr. o § 68 II VVG. No sentido de que o interesse deve existir no momento da contratação e permanecer até à ocorrência do sinistro, cfr. ainda DONATI, *Trattato II*, pp. 210-212.

903 Cfr. o art. 790.º/2 CC.

A enunciação destas regras não significa, todavia, que sejam fáceis de aplicar ao seguro. Não é óbvio o significado da afirmação de que o risco e o interesse de seguro devem existir no momento da contratação, no momento do sinistro, e em todos os demais, durante a vigência do contrato de seguro. A que juízo feito em que momento é que se reporta a impossibilidade superveniente? Se o armazém cujo conteúdo se encontra coberto por um seguro se encontrar momentaneamente vazio, esse facto não dá azo à cessação do seguro, ou sequer à sua suspensão temporária. Não há dúvida de que o seguro caduca se o armazém deixar de servir o seu propósito, esvaziando-se sem perspectivas de continuidade do seu uso.⁹⁰⁴ O mesmo não acontecerá se, no final do período de seguro, puder verificar-se que o armazém nunca chegou a ter uso, por falta de clientela. Na resposta àquela questão, deverá ter-se em conta que importa o juízo que é feito em cada momento, pouco importando as análises póstumas dos acontecimentos, e que é decisivo o momento em que o juízo é feito, e não o momento a que o juízo se reporta, se este for anterior àquele.

A isto acresce que a nossa lei trata como ocorrências distintas a falta de risco ou de interesse seguro.⁹⁰⁵ Vimos, todavia, que não há risco seguro sem interesse seguro ou interesse seguro sem risco seguro.⁹⁰⁶ Por um lado, porque a cessação do risco elimina a necessidade de o cobrir, não podendo dizer-se que o segurado tenha interesse na sua cobertura pelo segurador. Por outro lado, porque a cessação do interesse elimina a possibilidade de a ocorrência do sinistro vir a dar azo ao surgimento de uma necessidade do segurado – com o desaparecimento do interesse vem a faltar o terreno sobre o qual o risco pode verificar-se, não se concebendo um risco sem um bem ameaçado. Para fugir à redundância teremos de qualificar o vício em função da sua causa operativa, distinguindo consoante falte o interesse por faltar o risco ou falte o risco por faltar o interesse.⁹⁰⁷ Deste

904 Note-se que o contrato também caduca se a extinção do interesse do segurado for o resultado da morte da pessoa segura ou perda total da coisa segura na sequência de um sinistro (art. 110.º/2 LCS). Contudo, nesse caso, o segurador tem direito a manter ou a receber, por inteiro, o prémio relativo ao período de seguro em causa, na medida em que se cumpriu por inteiro a finalidade da sua atribuição – a cobertura (art. 107.º/1 LCS). Nesse sentido, cfr. ainda o § 68 IV VVG. Cfr. HOFMANN, *PI/R*, p. 204.

905 Cfr. os arts. 43.º (interesse), 44.º (risco) e 110.º/1 (interesse e risco) LCS.

906 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 500.

907 FERRARINI, *Interesse*, pp. 44-46, entendia, diversamente, que não há risco sem interesse mas que pode haver interesse sem risco. Referia-se, naturalmente, a um interesse no bem seguro, e não na própria cobertura. Entendia, consequentemente, que, no caso de cessarem ambos, deveria falar-se em cessação do contrato por extinção do interesse, e não por extinção do risco, dado que aquela seria a «causa principal» e «absorvente» de semelhante cessação.

modo, verificamos que os casos em que o risco é a causa operativa são aqueles em que falta o risco primário e não o risco de seguro. As referências simultâneas à cessação do risco e à ocorrência do sinistro demonstram-no bem: por exemplo, no seguro de incêndio, este risco é o risco de incêndio, e não o risco que verdadeiramente se segura, que é o risco de danos patrimoniais decorrentes da ocorrência de um incêndio.⁹⁰⁸ De resto, nem sempre a cessação do risco de seguro acompanha a cessação do risco primário. Pense-se no chamado *key-person insurance* – o seguro celebrado por uma entidade empregadora, por sua própria conta, sobre a vida dos colaboradores que considera mais valiosos para o seu negócio. Assim que um desses trabalhadores cesse a sua actividade em prol dessa entidade empregadora, o contrato tem de caducar, por falta de interesse. Neste caso, subsiste o risco primário – o risco de morte da pessoa segura – mas cessa o risco seguro – as eventuais consequências danosas da ocorrência do sinistro.

Em suma, o risco e o interesse não fazem parte do objecto do contrato de seguro e tão-pouco do seu conteúdo. Todavia, por serem seus pressupostos, a sua falta gera nulidade ou caducidade por impossibilidade do objecto.

5. A relação entre as atribuições das partes

5.1. O sinalagma

Uma das principais motivações dos partidários da teoria da suportação do risco fora uma intuição da natureza sinalagmática do contrato de seguro.⁹⁰⁹ Os autores sustentam que o

908 Demonstra-o bem o disposto no art. 110.º/2 LCS. O mesmo se passa em Espanha. Cfr. os arts. 4 (nulidade em caso de falta de risco) e 25 (nulidade em caso de falta de interesse) LCSes. Deve entender-se que o primeiro artigo faz referência ao risco primário e que o segundo, na referência ao interesse, trata o risco de seguro. Sem a distinção de ambos os conceitos, de risco primário e de risco de seguro, chegaríamos à conclusão de que a lei se teria repetido. A redacção do segundo inspirou-se no art. 1904 CCit. Cfr., neste sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, p. 385. O autor entende que, não obstante a localização sistemática do segundo artigo, no título dedicado aos seguros de danos, o interesse é um requisito de aplicação comum a todos os contratos de seguro. O autor explica ainda que, embora a lei só se refira ao momento da contratação, a subsequente falta de interesse é uma causa de extinção da relação contratual (p. 391).

909 Cfr. BRUCK, *PVR*, pp. 60-61. O autor afirmava ainda que o contrato de seguro era, sem dúvida, um contrato sinalagmático no sentido dos §§ 320-327 BGB (p. 61). Veja-se, quanto à defesa da teoria da suportação do risco, pp. 364-394. O autor sustentava que a suportação do risco era uma prestação no sentido do § 241 BGB (p. 367). A natureza sinalagmática do contrato de seguro era também defendida por MÖLLER, *Grundlagen*, pp. 15-16; e *Moderne Theorien*, p. 282. Cfr. ainda MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 108-111 mm. 38-45, sobre o sinalagma e a relação de troca (*Austauschverhältnis*). Entre os autores que assim identificam o sinalagma no contrato de seguro, vejam-se, por exemplo, O. v. GIERKE, *DP III*, pp. 795-797; WERBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 16; e DEUTSCH, *VVR*, pp.5-6.

seguro é um contrato sinalagmático devido à relação de troca que se formaria entre as prestações que julgam identificar: pagamento do prémio e suportação do risco. Estas estariam numa «perfeita relação de recíproca dependência»: cada uma das partes só promete «prestar» para conseguir que a outra também o faça.⁹¹⁰ Embora estas asserções nunca tivessem sido um exclusivo dos partidários da teoria da suportação do risco, a verdade é que a restante doutrina, ou não o justificava, ou se via em grandes dificuldades para o justificar.⁹¹¹

910 VAN DEN DAELE, *Äquivalenz*, p. 1, esclarecia que são sinónimos, neste contexto, os conceitos de contrato sinalagmático (*gegenseitiger Vertrag*) e de contrato de troca (*Austauschvertrag*). Este último, numa acepção naturalmente ampla, por contraposição à acepção, mais restrita, que corresponde entre nós ao contrato de permuta, ou à acepção intermédia que podemos encontrar, designadamente, em PESSOA JORGE, *Mandato*, p. 176, quando se referia aos contratos que desempenham uma «função comutativa ou de troca» como os contratos em que se trocam duas prestações *de dare* (sejam elas de coisa por coisa ou de coisa por dinheiro). Mas não tão ampla quanto a que utiliza FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 496-572, *maxime* pp. 521-529, que define a «função económico-social de troca» como uma relação cujo traço distintivo seria a reciprocidade presente nas fórmulas do direito justiniano *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, partindo todavia de uma concepção clássica do sinalagma como uma categoria dos contratos obrigacionais, e reservando um sentido mais amplo para a «função económico-social de troca», que por um lado não seria exclusiva dos contratos, e por outro não se restringiria ao âmbito obrigacional. A primeira distinção deixa de se aplicar se falarmos apenas em contratos de troca e não na totalidade de negócios jurídicos com função de troca. A segunda distinção parte de uma posição de princípio que não é dogmaticamente justificada pelo autor – a de que a categoria dos contratos sinalagmáticos se teria estabilizado, nos direitos romano-germânicos, com o sentido de contratos reciprocamente obrigacionais – que, verdadeira no sentido em que corresponde à posição ainda hoje maioritária na doutrina, portuguesa e não só, nem por isso, como veremos, é menos atreita a críticas. Note-se, no que respeita aos ensinamentos da doutrina alemã, que a *Modernisierung* em nada alterou o conceito de contrato sinalagmático do BGB. Cfr. PALANDT/GRÜNEBERG, «Einf. v. § 320» p. 514 m. 1.

911 Este fenómeno é comum a outros contratos. Veja-se, por exemplo, o caso da «obrigação de proporcionar o gozo de uma coisa» que se atribuíra comumente ao locador, duramente criticada por MENEZES CORDEIRO, *Locatário*, pp. 54-144. Com efeito, a doutrina vinha construindo o contributo do locador como o cumprimento de uma «prestação de fazer gozar»: prestação de facto positivo, de uma «prestação de deixar gozar»: prestação de facto negativo, ou finalmente de uma série de prestações: entregar a coisa em bom estado, mantê-la em condições, etc. O autor nega a natureza creditícia do direito do locatário, qualificando-o antes como um direito real de gozo. Mais tarde, vem a mudar de posição, mantendo que o regime do direito do locatário é estruturalmente real, mas negando-lhe a natureza de direito real de gozo, por razões histórico-culturais. Cfr. *Passe*, pp. 71-75. Esta sua inflexão não invalida as críticas anteriormente apontadas à doutrina.

Actualmente, é largamente maioritária, na doutrina alemã, a qualificação do contrato de seguro como um contrato sinalagmático.⁹¹² Também há quem o defenda em Portugal.⁹¹³ A questão que sempre se colocou aos partidários da teoria da prestação em dinheiro foi a de saber se, uma vez afastada a teoria da suportação do risco, tecnicamente incorrecta na medida em que identifica como prestação aquilo que não o é, haveria alguma possibilidade de sustentar juridicamente a presença de um sinalagma no contrato de seguro. Como veremos já de seguida, as primeiras tentativas de justificação dogmática dessa qualificação, e muitas das mais recentes, ficam-se, contudo, pelo domínio das

912 A posição maioritária é reconhecida nas mais recentes edições dos seguintes comentários ao BGB: SOERGEL/GSELL, «Vor § 320» p. 10 m. 30; STAUDINGER/OTTO, «Einleitung zu §§ 320 ff» p. 127 m. 27; MK/EMMERICH, «Vor § 320» p. 1876 m. 28. Afirmam que, actualmente, é essa a posição, não só dos partidários da teoria da suportação do risco – que sempre a tiveram – mas também dos partidários da teoria da prestação em dinheiro, entre os quais se indicam como particularmente influentes SCHMIDT-RIMPLER, em *Gegenseitigkeit*; e JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 pp. 78 e 84 mm. 21-22 e 30. Por último, fazem referência ao reconhecimento do sinalagma existente no contrato de seguro também entre os partidários da teoria que vê o seguro como um contrato de gestão de natureza fiduciária, na relação entre a prestação de organização e a quota-parte do prémio não sujeita ao regime fiduciário, entre os quais sobressai SCHÜNEMANN, *Rechtsnatur*, pp. 430-434, *maxime* pp. 432-434. Há mesmo quem, defendendo a teoria da prestação em dinheiro, sustente que a natureza sinalagmática do seguro é uma decorrência directa da definição constante do § 1 VVG. Cfr. ELFRING, *Drittwirkungen*, p. 5. A caracterização do contrato de seguro como um contrato sinalagmático é rejeitada, julga-se que em posição isolada entre a doutrina alemã, por SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur I*, p. 702; *Rechtsnatur II*, p. 52; e BK/SCHWINTOWSKI, § 1 p. 54 m. 35. Na Bélgica, FONTAINE, *Assurances*, p. 125, caracteriza o seguro como um contrato sinalagmático. Cfr. ainda, no mesmo sentido, o clássico ANDRÉ/HOSTE, *Assurances*, p. 5. Em França, cfr., desde logo, POTHIER, *Contrat d'Assurance*, p. 236 (n.º 6). O autor entendia que o contrato de seguro seria sinalagmático por «produzir obrigações recíprocas». Do lado do segurador, referia-se à «obrigação de garantir ou de indemnizar» o segurado». Cfr. ainda JOSSEAND, *Droit Civil*, p. 813. O autor afirmava a sinalagmaticidade do seguro por ambas as partes assumirem obrigações «que se servem reciprocamente de causas». Mais recentemente, no mesmo sentido, COULBAULT/ELIASBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, p. 68; BIGOT, *Traité III*, p. 55; e LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 169. Em Itália, onde desde cedo houve um reconhecimento quase unânime do seguro como um contrato sinalagmático, a posição contrária foi veementemente defendida por PINO, *Prestazioni*, pp. 489-497. Para a posição maioritária, cfr. BUTTARO, *Assicurazione*, p. 427; e *Contratto di Assicurazione*, pp. 461-463 e 469; e SCALFI, *Assicurazione*, pp. 342-344. Em Espanha, as afirmações de alguma doutrina de que o seguro seria um contrato sinalagmático baseiam-se na ideia, relativamente disseminada, de que este se definiria como o contrato que gera obrigações para ambas as partes. Vejam-se, nesse sentido, BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado I*, pp. 20-21; e *Contrato Aleatorio*, p. 390; URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 750; e LASARTE, *Contratos*, p. 16. Contra esta assimilação indevida de conceitos manifesta-se DIEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 370. A assimilação encontra também algum impacto em Itália: cfr. GASPERONI, *Assicurazione*, p. 29. Parece que a sua origem remonta aos arts. 1102 e 1103 CCfr. Cfr. a cuidada análise e distinções de SCALFI, *Corrispettività*, pp. 6-109. Entende o autor que «o dualismo entre contratos bilaterais e unilaterais é um resíduo da noção de contrato obrigacional; no momento em que se admite a eficácia real do contrato, a distinção deixa de se adequar aos problemas que implicam a utilização e a ideia actual de contrato» (p. 35).

913 EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 79; PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 42-43; CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 500; SÉRVULO CORREIA, *Seguro Social*, pp. 237-244; BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 787; CALVÃO DA SILVA, *Seguro de Crédito*, p. 108; BRITO CORREIA, *Seguro*, c. 718; e sobretudo MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, pp. 774 e 823-824, que refere mesmo a reciprocidade das prestações e a aplicabilidade do art. 424.º CC, embora, no regime anterior, com a precedência da regra especial ínsita no art. 431.º CCom. Actualmente, cfr. o art. 95.º LCS. Cfr. ainda VASQUES, *Elementos*, p. 514; e

prestações, perguntando-se se a troca pode ocorrer entre uma obrigação incondicional e uma obrigação condicional, em lugar de, saindo do domínio mais restrito das prestações, procurarem o sinalagma existente no contrato de seguro, como defenderei logo a seguir, no domínio mais amplo da troca entre uma promessa incondicional de prestar e uma vinculação à mera possibilidade de prestar.⁹¹⁴

5.1.1. Reciprocidade de vínculos: um conceito alargado de sinalagma

A questão da natureza da prestação perdeu alguma da sua importância quando também os defensores da teoria da prestação em dinheiro passaram a defender a natureza sinalagmática do contrato de seguro. A transição teve início com HAYMANN.⁹¹⁵ Como vimos, o autor afastara a teoria da suportação do risco, por não corresponder esta a uma prestação em sentido técnico, reconhecendo no entanto que o simples «empenho do segurador» satisfazia já o interesse do segurado, aceitando que este fosse suficiente para justificar a natureza sinalagmática do contrato, embora rejeitando, ao mesmo tempo, a aplicação das disposições legais relativas aos contratos de prestações correspectivas, por entender que estes se resumiriam àqueles em que a correspectividade existe entre as prestações em sentido estrito.⁹¹⁶

O autor utilizou em dois sentidos diferentes os termos «prestação» e «sinalagma». O primeiro sentido de «prestação», mais restrito, seria o de objecto de uma obrigação. Afirmou que seria nesse sentido que o conceito aparece no § 241 BGB. No segundo sentido do termo, mais amplo, prestação significaria «toda a promoção voluntária de interesses alheios».⁹¹⁷ Já o termo «sinalagma» foi por ele desdobrado em duas realidades distintas: (i) a sinalagmaticidade-onerosidade; e (ii) a sinalagmaticidade-correspectividade das prestações. O autor analisou as posições doutrinárias em oposição: (i) a que sustenta

Contrato de Seguro, p. 104; GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 240 e 272-274; e RITA FERREIRA DA SILVA, *Resp. Civil Geral*, pp. 177-180. Note-se, contudo, que alguns destes autores se declaram partidários da teoria da suportação do risco.

914 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 963.

915 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 872.

916 Cfr. o *Gegenleistung* de HAYMANN (1933).

917 HAYMANN, *Gegenleistung*, p. 5. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 148-157, *maxime* pp. 156-157, analisou criticamente a obra de HAYMANN, observando que a noção de prestação como promoção de interesses alheios não distinguiria de forma suficiente o papel do segurador e o do organizador de uma lotaria, o que, pelo contrário, era conseguido com a teoria da suportação do risco, que afastaria os contratos de criação artificial do próprio risco. Cfr., no entanto, BETTI, *Obbligazioni*, pp. 41-44, que separou os seguros dos outros contratos aleatórios com nítida influência de HAYMANN.

que a contraprestação do prémio seria a indemnização; (ii) a que defende que a sua contraprestação seria suportação do risco.⁹¹⁸ Afastou-se de ambas as teorias. Da primeira, por deixar algumas coisas por explicar. Da segunda, devido à sua «artificialidade e imprecisão jurídica», ao tentar encontrar uma obrigação onde ela, de facto, não existe, na medida em que a «prestação» do segurador não seria uma prestação no sentido restrito do § 241 BGB.⁹¹⁹

HAYMANN esclareceu, por um lado, com o seu conceito alargado de prestação, por que motivo o prémio não é devolvido no caso de não ocorrer o sinistro, justificando a sinalagmaticidade-onerosidade do contrato nesta ligação entre prémio e cobertura do risco. Por outro lado, todavia, advertiu que não poderá aplicar-se ao contrato de seguro – ou a qualquer outro contrato aleatório – a disciplina legal dos §§ 320-327 BGB, que seria própria dos contratos de prestações correspectivas (*gegenseitige Verträge*). Em seu entender, para a aplicação desse regime seria requisito necessário haver comportamentos (incondicionalmente) devidos por ambas as partes.⁹²⁰ A esta sua teoria chamou-se teoria da contrapartida da suportação do risco (*Theorie des Gefahrtragungsentgelts*).⁹²¹

A tese de HAYMANN constituiu um meio termo entre as duas a que se opôs, ao considerar que a única prestação, em sentido estrito, é a devida após o sinistro, ao mesmo tempo que conferiu alguma relevância à suportação do risco, na qual encontrou a contrapartida (*Entgelt*) do pagamento do prémio – aquilo de que este é remuneração – um dos lados da relação de onerosidade – dir-se-ia a sua «contra-atribuição» – embora não a sua contraprestação (*Gegenleistung*).⁹²² Apesar de ter dado um importante passo para a sua solução, o autor também não resolveu o problema dogmático do sinalagma no contrato de seguro, na medida em que lhe recusou a aplicação dos §§ 320-327 BGB.⁹²³ E terá, de certo modo, conduzido alguma doutrina posterior a um passo em falso, na medida em

918 HAYMANN, *Gegenleistung*, pp. 11-54.

919 GRIESHABER, *Synallagma, maxime* pp. 16 e 88-94, é exemplo paradigmático dos autores que, pelo contrário, entendiam que a suportação do risco seria uma prestação no sentido do § 241 BGB.

920 HAYMANN, *Gegenleistung*, pp. 54-77.

921 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 9 e 39-43. Note-se que, embora se tenha atribuído a primazia no trilho deste caminho a HAYMANN, em certa medida já algumas destas afirmações tinham sido proferidas por um anterior partidário da teoria da prestação em dinheiro: KISCH, *Handbuch II*, pp. 87-89. Cfr. *supra* n. 876.

922 Cfr. SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 8 e 43.

923 Na senda de HAYMANN, cfr. ERICH PRÖLSS, *VVG 1.^a*, § 1 p. 12 m. 6, defendendo uma aplicação analógica, ao contrato de seguro, do regime dos §§ 320-327 BGB; e ainda DE LA MOTTE, *Gegenleistung*, p. 187.

que, ao falar da sinalagmaticidade-onerosidade, deu ênfase a factores que não deveriam estar presentes na caracterização de um contrato como oneroso, a saber, a satisfação do interesse do segurado pelo simples empenho do segurador, que daria, por si só, a necessária segurança ao segurado.⁹²⁴

Pouco depois da publicação da sua obra, deu-se uma reviravolta na discussão. Até aqui tomara-se como axiomático que o sinalagma era, em todos os casos, uma troca de prestações; ou seja que seriam necessárias duas promessas incondicionais de prestar para formar um sinalagma, concluindo-se, a partir desta asserção, que o contrato de seguro era, ou que não era, um contrato sinalagmático, consoante o que se entendia ser a prestação do segurador.⁹²⁵ Por este motivo, e só por este motivo, fora procurar-se a contraprestação do pagamento do prémio a local diverso da verdadeira prestação do segurador: o pagamento da indemnização. Faltava averiguar se a categoria dos contratos sinalagmáticos compreenderia apenas os casos em que temos uma troca de promessas incondicionais de prestar ou se, pelo contrário, compreenderia igualmente o caso de uma troca entre uma promessa incondicional e uma promessa condicional de prestar.⁹²⁶ Em qualquer dos casos, seria ainda preciso averiguar qual o fundamento dogmático da conclusão.⁹²⁷ De qualquer modo, só uma resposta negativa à questão tornaria necessário encontrar do lado do segurador uma prestação incondicional, como pretendem os defensores da teoria da suportaçã do risco, para dessa forma qualificarem o contrato de seguro como um contrato sinalagmático. Ante uma resposta negativa, o problema também não se resolve procurando saber se, na falta de uma prestação incondicional do lado do segurador, encontramos algo susceptível de fundamentar a qualificação do contrato de seguro como oneroso, ainda que não como sinalagmático. Essa é outra questão.

LEHMANN daria mais um passo, afirmando que, não obstante a condição a que estaria subordinada a prestação do segurador, no contrato de seguro haveria uma

924 Sobre a onerosidade, cfr. *infra* o texto junto à n. 1033.

925 Veja-se, quanto à segunda destas asserções, por exemplo, ERICH PRÖLSS, *VVG 1.*^a, p. 12 § 1 m. 6.

926 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 9-10. Entendia o autor que alguns partidários da teoria da prestação em dinheiro haviam detectado claramente este problema, sem no entanto o resolverem. Veja-se, para um exemplo de uma referência clássica ao problema, EHRENBURG, *VR I*, pp. 56-57.

927 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 52, observando a este respeito que, quando a resolução de um dado problema não encontra fim, muitas vezes o *busilis* não está na dificuldade do problema, mas na incorrecção da sua formulação.

correspectividade entre as prestações que lhe tornaria aplicáveis os §§ 320-327 BGB.⁹²⁸ O principal contributo do autor está na sua defesa da aplicação, ao contrato de seguro, do regime dos contratos sinalagmáticos constante dos §§ 320-327 BGB. O autor defendeu que, com o advento histórico do contrato consensual, o sinalagma não mais se encontraria – em caso algum – na troca de prestações, mas antes na ligação entre promessas de prestação (*der Verknüpfung der Leistungsversprechen*). E que, num contrato sinalagmático, o fundamento jurídico – a «causa» – de cada promessa de prestação estaria na promessa da sua contraprestação. Pense-se no exemplo de dois alpinistas que contratam socorrer-se mutuamente. Não há neste caso qualquer correspectividade entre as prestações: há apenas correspectividade entre as promessas. Ambas são condicionais, dado que o dever de prestar só se concretiza, em qualquer dos casos, em caso de necessidade.⁹²⁹ A prestação não teria na contraprestação a sua *causa adquirendi* mas antes a sua *causa solvendi*. Nesse sentido, uma promessa condicional poderia constituir o fundamento jurídico de uma promessa incondicional.⁹³⁰ Ainda que assim fosse, seria preciso explicar porquê, que razão dogmática nos permite dizer que isto é suficiente para aplicar a tais contratos o regime jurídico dos contratos sinalagmáticos, tendo-se apontado que essa razão não a forneceu LEHMANN.⁹³¹

Na senda destes autores, temos outros contributos dignos de nota. Uma construção partiu da justificação da onerosidade do contrato de seguro veiculada por HAYMANN, mas sem o uso infeliz do termo «prestação». Deveu-se a SIEBERT, para quem, numa perspectiva económica, faria todo o sentido dizer-se que é pela suportação do risco que o tomador paga o seu prémio, sendo evidente que o segurador não deve restituí-lo nos casos de não verifica o do sinistro. Assim sendo, pareceria daí resultar que, mesmo nesses casos, o segurador terá fornecido algo que justifique a reten o do prémio – algo que constitua a sua contrapartida.⁹³²

Para caracterizar essa contrapartida, o autor rejeita a ideia de expectativa (*Anwartschaft*) e prefere a de um direito condicional (*bedingte Anspruch*). Porque a «expectativa» exprimiria algo meramente preliminar que, mais tarde ou mais cedo, se transformaria num

928 Cfr. LEHMANN, *Gegenleistung* (1934), pp. 2008-2011.

929 O exemplo é de SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, p. 471 n. 4.

930 LEHMANN, *Gegenleistung*, pp. 2008-2011.

931 Crítica de SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 13-14.

932 SIEBERT, *Risikogedanke* (1954), p. 129.

verdadeiro direito, só então encontrando o seu sentido. Pelo contrário, no contrato de seguro, o direito condicional do segurado tem pleno sentido independentemente da verificação da condição.⁹³³ Da análise dos interesses económicos em jogo na celebração de um contrato de seguro, o autor partiu para a conclusão de que, para a satisfação do interesse do tomador, é plenamente suficiente um direito condicional ao pagamento da indemnização, e por isso se retiraria claramente do conteúdo do acordo das partes que o dever condicional de pagamento do segurador é «contrapartida e fundamento jurídico» do dever incondicional de pagamento do prémio do tomador.

«Da *situação económica de interesse* existente aquando da celebração de um contrato de seguro resulta uma pretensão pecuniária condicional. Por conseguinte, é conteúdo claramente reconhecido do acordo que este *dever pecuniário condicional do segurador* seja *suficiente* como *contrapartida e fundamento jurídico* do dever pecuniário incondicional do tomador (...). É claro que nesta aceção também pode dizer-se, numa perspectiva económica, que o segurador assumiu o risco. Contudo, para a construção jurídica é suficiente a fundamentação de um dever pecuniário condicional adiado.»⁹³⁴

Seguir-se-ia mais um curto passo até à afirmação de que bastariam as promessas cruzadas de ambas as partes para a constituição de um sinalagma, desta feita no pleno sentido do termo, e com todas as consequências daí advenientes, chegando a acentuar-se a ligação de valor entre as promessas, que conduziria a que, diminuindo o valor de uma, fosse necessário diminuir proporcionalmente o valor da outra.⁹³⁵ Inspiradas nos autores

933 SIEBERT, *Risikogedanke*, p. 135.

934 SIEBERT, *Risikogedanke*, pp. 134-135. A teoria modificada da prestação em dinheiro, como propugnada por SIEBERT, gozou da adesão de ESSER, *Schuldrecht*, p. 706. Contudo, em edições mais recentes desta obra, arrepioi-se caminho, afirmando-se antes que é infecunda a discussão sobre a natureza da prestação, nada se dizendo sobre a natureza sinalagmática do contrato, e afirmando-se em vez disso que, na prática do seguro, quase não desempenha papel algum o BGB. Cfr. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht II-I*, pp. 385-386. Este desenvolvimento será, porventura, da responsabilidade de WEYERS.

935 SIEBERT escusa-se a tratar a questão de saber se a relação entre ambas as prestações justifica a aplicação dos §§ 320-327 BGB. No seu curto artigo, o autor não explora, naturalmente, todas as consequências jurídicas da sua concepção. Apontou-o SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 44-48. Esta afirmação viria, todavia, a ser formulada por KOENIG, *Schw. PVR*, pp. 96-97. Fê-lo, de certo modo, na senda do seu compatriota RICHARD KOCH, *Synallagma*, pp. 14-17 e 40-42, que sustentara já que o sinalagma deveria procurar-se numa troca de promessas de prestação, e não numa troca de prestações, fundando-se na doutrina de LEHMANN.

precedentes, temos ainda as afirmações de certa doutrina italiana no sentido de a «causa» do contrato se cumprir com a simples troca de promessas:

«Rigoroso vínculo genético e atenuado vínculo funcional: eis a essência do sinalagma.»⁹³⁶

A ideia subjacente a esta afirmação era a de que a promessa de prestação teria uma utilidade própria, distinta da indemnização, porque independente da verificação do sinistro. Esta utilidade própria adviria da criação «do vínculo e da esperança». Sustenta-se que a estes contratos se aplicam todas as normas pertencentes ao regime dos contratos sinalagmáticos, salvo aquelas que pressupõem o surgimento de obrigações para ambas as partes. Mesmo essas normas se aplicariam após a ocorrência do sinistro.⁹³⁷

Em Itália, esta tese não gozou de aceitação generalizada, tendo outros autores sustentado que a concepção segundo a qual toda a promessa seria um bem e o sinalagma se encontraria na troca de promessas só faria sentido em ordenamentos jurídicos como o alemão, que reduzem os contratos aos seus efeitos obrigacionais.⁹³⁸ Afirmou-se que essa concepção cairia por terra em ordenamentos jurídicos como o italiano – e como o nosso. Os juristas italianos deveriam antes considerar o problema do ponto de vista dos efeitos dos contratos, não podendo afirmar que, com o reconhecimento do contrato consensual, o sinalagma passaria a encontrar-se na troca ou ligação entre promessas de prestação, na medida em que essa afirmação pressupõe que os contratos correspondem, necessariamente, a trocas de promessas, esquecendo todos os seus efeitos não obrigacionais. Distingue-se o conceito germânico de «atribuição patrimonial» em sentido negocial, que abrangeria as próprias promessas, do conceito de «atribuição patrimonial» da doutrina italiana, que recebeu essa noção e a modificou como referindo-se aos efeitos patrimoniais do negócio.⁹³⁹

936 DONATI, *Trattato II*, p. 36. Sobre a distinção doutrinária entre o «sinalagma genético» e o «sinalagma funcional», veja-se, por todos, GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 315-319; e LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 203. Cfr. as observações críticas de SCALFI, *Corrispettività*, pp. 47-50. É uma terminologia que prefiro não adoptar, embora não negue a conveniência de distinguir, dentro do regime dos contratos sinalagmáticos, entre as regras destinadas a resolver problemas originários e as regras destinadas a resolver problemas supervenientes.

937 Cfr. DONATI, *Trattato II*, pp. 36-38.

938 Neste sentido, SCALFI, *Corrispettività*, pp. 51-56; *Assicurazione Danni*, pp. 41-43; e *Assicurazione*, p. 342.

939 Cfr. SCALFI, *Corrispettività*, pp. 53-54 e 56-57 (cfr. ainda n. 18 a pp. 12-13). O autor não aceitou que a categoria dos contratos com prestações correspectivas se referisse, na verdade, aos contratos com atribuições correspectivas. Afirmou que aquela categoria se relacionaria com as noções de causa e de

Sustentaram os críticos que, no ordenamento jurídico italiano, só a reciprocidade entre as prestações teria relevância, para o efeito de determinar o âmbito de aplicação do regime dos contratos sinalagmáticos ou «de prestações correspectivas». Um desses críticos foi SCALFI. O autor admitiu que, neste contexto, a lei italiana recorre a um conceito amplo de «prestação» com o significado de «vantagem ou utilidade procurada mediante o contrato e satisfatória do interesse contratual». Nota, contudo, que não foram tão amplas como poderia pensar-se as modificações introduzidas pela lei no conceito tradicional de prestação, não sendo legítima a interpretação que nele identificasse uma referência às promessas, nos contratos consensuais. Defende que o alargamento do conceito se deu apenas no domínio da execução dos contratos, passando a significar toda a conduta que procure um resultado «útil ou vantajoso» e satisfaça o «interesse contratual». A correspectividade encontrar-se-ia na utilidade de ambas as «prestações»: em suma, fez corresponder a categoria dos contratos sinalagmáticos ou de prestações correspectivas aos contratos «com resultado útil recíproco».⁹⁴⁰

Em Itália, talvez não haja outra via, visto que a lei civil se refere, não ao sinalagma ou, como a nossa, à bilateralidade, mas antes à «correspectividade de prestações».⁹⁴¹ Entre nós, esta seria porventura uma solução demasiado radical, que não atenta na utilidade dogmática de ambos os conceitos – de obrigação e de prestação – como são em geral definidos. Interessa no entanto reter, da análise do regime italiano, a conclusão da doutrina no sentido de que o âmbito de aplicação do regime dos contratos «de prestações correspectivas» não permite sustentar que o conceito de prestação usado na lei se restrinja ao objecto de uma obrigação.⁹⁴²

objecto do negócio jurídico e não com os seus efeitos. A propósito desta distinção entre os conceitos germânico e italiano de «atribuição», cfr. a distinção entre os conceitos de «atribuição jurídica» e «atribuição de facto» traçada por PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 6 (cfr. *infra* n. 968).

940 SCALFI, *Corrispettività*, pp. 16-17, 50-55 e 189-190.

941 «Consequentemente, não se pode não admitir que a correspectividade opere, como diz a lei, entre as prestações.» SCALFI, *Corrispettività*, p. 56.

942 Cfr. ainda BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 467-468. O autor procurou resolver o problema do seguro recorrendo a conceitos amplos de «prestação» e até mesmo de «obrigação». Mais recentemente, SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, pp. 471-474 e 479-480, utilizam um conceito amplo de «prestação», com o significado de «sacrifício jurídico». Dão o exemplo da venda com efeito real imediato – por vezes denominada compra e venda manual – que não comportaria, a cargo do vendedor, nem obrigação, nem cumprimento. Sustentam ainda que, quando se diz que, nos contratos aleatórios, a prestação pode consistir na assunção de um risco, se pretende dizer que a vinculação a uma prestação condicional é, em si mesma, uma prestação – no que diferem de SCALFI. Definem o sinalagma como dois sacrifícios mutuamente dependentes que satisfaçam uma necessidade da contraparte preexistente ao contrato (assim excluem as obrigações de restituição).

Deverá ainda reconhecer-se, na senda destas vozes críticas, que a circunstância de o direito alemão nada mais ver para além dos efeitos obrigacionais dos contratos conduziu os autores de expressão germânica a centrarem toda a sua atenção nas promessas. Não que deva rejeitar-se a possibilidade de encontrar o sinalagma numa simples troca de promessas – nesse ponto não acompanho a crítica.⁹⁴³ Simplesmente, num sistema como o italiano ou o português, o sinalagma deverá procurar-se além das promessas. Veremos adiante que devemos, isso sim, alargar o olhar até às atribuições das partes, buscando o sinalagma na troca de vínculos.⁹⁴⁴

Tão-pouco se nega que o seguro se distinga dos restantes contratos aleatórios pela circunstância de, no seguro, o direito condicional do segurado fazer pleno sentido independentemente da verificação da condição, na medida em que este recebe a sua prestação exactamente na situação em que dela precisa. É esta, novamente, a referência à suficiência do «empenho» do segurador já presente em HAYMANN. Com efeito, em qualquer dos sistemas jurídicos contemplados, é fundamental não perdermos de vista que a prestação do segurador tem especial interesse para o segurado em caso de ocorrência do sinistro.⁹⁴⁵ Nos contratos unilateralmente condicionados como o contrato de seguro, há que ter em conta a particularidade de o fim deste estado de vinculação também se cumprir se não se verificar a condição que determina a constituição da obrigação de indemnizar.⁹⁴⁶ Mas o que importa agora sublinhar é que esta linha de argumentação *em nada se relaciona com o sinalagma*.⁹⁴⁷ Os contratos aleatórios em que tal não acontece nem por isso são menos sinalagmáticos – ou sequer menos onerosos – do que o seguro. Embora possam deixar de sê-lo por outros motivos que não este. Pensando num exemplo com uma aposta de moeda ao ar, há uma relação de troca perfeita entre o estado de vinculação de quem se obriga a pagar uma dada soma em dinheiro, se a moeda cair ao chão com

Mas reconhecem que certos aspectos do respectivo regime terão em vista apenas os contratos com obrigações correspectivas ainda não cumpridas. Seria esse o caso, sustentam, da cessão da posição contratual. Concluem afirmando que esta categoria não tem na lei uma total estabilidade conceptual, pelo que a extensão do conceito de sinalagma deve ser aferida norma a norma.

943 Veja-se o exemplo do contrato entre alpinistas *supra* no texto junto à n. 929.

944 No sentido que dei à expressão *supra* no texto junto à n. 778. Mais à frente regressar-se-á a este tema. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 963.

945 Cfr. SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 25, na senda de SIEBERT.

946 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 70.

947 HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, pp. 31-32. Estes autores encontram o sinalagma na vinculação recíproca das partes à obrigação de pagar o prémio e à obrigação de pagar a indemnização em caso de sinistro, acrescentando que assim é em todos os contratos aleatórios.

uma determinada face virada para cima, e o estado de vinculação de quem se obriga a pagar à contraparte idêntica soma em dinheiro, no caso de a moeda cair sobre essa face. Este exemplo não é muito diferente, neste aspecto, do que acima se deu com dois alpinistas, sem prejuízo da natureza distinta das promessas.

Não obstante a excessiva ênfase da doutrina alemã na obrigação condicional do segurador como um bem com utilidade própria, distinta da da prestação, e que permitiria satisfazer o interesse do segurado independentemente da verificação do sinistro, o que, como se disse, em nada se relaciona com o sinalagma, deverá sublinhar-se, como seus principais contributos, a compreensão do *valor intrínseco do vínculo enquanto atribuição autónoma*, a defesa, hoje maioritária, da aplicação ao seguro do regime dos contratos sinalagmáticos, salvo aquelas que pressuponham o surgimento de obrigações para ambas as partes, e sobretudo o reconhecimento, para o que contribuiu decisivamente a doutrina italiana, de que, uma vez ocorrido o sinistro, mesmo estas se aplicam ao seguro.⁹⁴⁸

Disse-se, a certa altura, que o problema do sinalagma estaria em que, apesar de a palavra «soar maravilhosamente aos nossos ouvidos», ainda faltaria uma determinação dogmática verdadeiramente satisfatória do seu significado.⁹⁴⁹ Teríamos muitas definições, não totalmente confluentes, de contrato sinalagmático, ou de prestações correspectivas, mas faltar-nos-ia ainda uma «classificação dogmática». Na literatura, a fórmula típica de definição do contrato de prestações correspectivas é a seguinte: cada uma das partes contrai uma obrigação para conseguir a prestação, ou promessa de prestação, da outra parte, e por causa dela, porque a outra parte também se obriga ou também presta. Acrescenta-se frequentemente que prestação e contraprestação «se trocam» uma pela outra.⁹⁵⁰ Actualmente, é este um modo comum de definir sinalagma:

«Chama-se sinalagma à ligação bilateral entre deveres de prestar recíprocos num contrato de troca. Na ligação sinalagmática, é típica a mútua correlação de prestações, no sentido de que as partes prometem a

948 Aspectos presentes, sobretudo, na obra de DONATI, *Trattato II*, pp. 36-38.

949 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 56, afirmava que, ao tempo em que o autor escrevia (1968), o único que o teria tentado fora BLOMEYER, *Bedingungslehre*, *maxime* pp. 104-120.

950 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 56.

sua prestação contra a promessa da contraprestação. (...) O princípio fundamental dos contratos de troca é, portanto, o *do ut des.*⁹⁵¹

SCHMIDT-RIMPLER apontava, há quarenta anos, que a questão do sinalagma não teria ainda sido suficientemente pensada. Explicava que cada parte se obriga, não para obter a promessa da outra parte, mas para obter a sua prestação. Através das promessas trocadas, cada uma das partes se assegura da prestação da outra parte. Um problema de todas as definições de até então, acrescente-se: bem como de muitas das mais recentes, seria o de que não explicam o sentido dogmático dos conceitos usados.⁹⁵² SCHMIDT-RIMPLER apresentou uma concepção alternativa do sinalagma, baseada na figura da «base do negócio».⁹⁵³

De acordo com a sua concepção, em cada contrato existiriam determinadas «bases de valoração» (*Wertungsgrundlagen*).⁹⁵⁴ Essas bases de valoração poderiam ser diferentes para cada uma das partes, podendo também coincidir, no sentido de que ambas celebram o contrato pelos mesmos motivos, quer a coincidência seja apenas fáctica, quer corresponda a um seu entendimento, no sentido de que ambas expressam esses fundamentos de valoração enquanto tais e «acordam» sobre os mesmos. Quando as partes «acordam» em determinados fundamentos de valoração, isto significaria que só tomam por correctos os efeitos jurídicos do contrato enquanto existam esses fundamentos de valoração por elas assentes. Para o autor, melhor do que dizer que as partes acordaram sobre os fundamentos de valoração seria falar num «entendimento esclarecido das partes sobre os mesmos» (*einem erklärten Einverständnis über die*

951 RUMPF, *Dauerschuldverhältnis*, p. 94. Cfr. a doutrina pela autora citada a nn. 490-494. Cfr., em especial, LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 202-203; GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 309; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I-I*, pp. 217-218; e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 37. Vejam-se ainda as afirmações similares constantes nas edições mais recentes dos principais comentários ao BGB: STAUDINGER/OTTO, «Einleitung zu §§ 320 ff» p. 117 m. 1; SOERGEL/GSELL, «Vor § 320» pp. 3-4 mm. 3 e 8; e MK/EMMERICH, «Vor § 320» pp. 1870-1871 m. 5. Por fim, dois clássicos: STAMMLER, *Schuldverhältnisse*, p. 85; e O. v. GIERKE, *DP III*, p. 294.

952 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 56-59.

953 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 61-70, após ter ensaiado e abandonado outra construção, exposta designadamente em *Grundbegriffe*, pp. 1255-1259.

954 Esta foi uma de entre várias construções sobre a chamada «base do negócio», que não cabe aqui desenvolver. As referências que lhe faço são meramente contextuais e destinam-se a melhor situar as ideias do autor sobre o sinalagma. Para uma análise desta e de outras construções, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Boa Fé*, pp. 1032-1050; e *Alteração de Circunstâncias*, pp. 27-30.

Wertungsgrundlage). A figura dogmática da base do negócio ofereceria a solução para o problema do sinalagma.⁹⁵⁵

Para SCHMIDT-RIMPLER, nos contratos sinalagmáticos, cada uma das partes teria como base de valoração que a sua promessa só subsiste, só deverá ser cumprida, se e enquanto subsistir e for cumprida a promessa da contraparte. Segundo o autor, ao conceber-se o sinalagma como um problema da base do negócio, conclui-se que este também estaria presente quando uma das partes se obriga condicionalmente e a outra incondicionalmente. Segundo esta concepção, se o entendimento das partes vai no sentido de que cada prestação só acontece porque, conforme o acordado, a outra também se apresenta, o mesmo também poderá dizer-se de uma prestação condicional, ou seja de uma prestação que só será executada com a verificação da condição, *desde que* o interesse nesta última só surja com a verificação dessa mesma condição. É assim no seguro, em que, na falta de ocorrência do sinistro, o *fim de preservação do património* se realiza doutro modo, não sendo necessária a prestação.⁹⁵⁶ O autor chegou, assim, à conclusão de que o contrato de seguro é um contrato sinalagmático sem o recurso a um conceito especial de prestação e sem qualificar a suportação do risco como prestação.

Disse há pouco que este último elemento – a realização do fim de preservação do património mesmo em caso de não verificação da condição: o sinistro – não é um requisito dos contratos sinalagmáticos.⁹⁵⁷ O facto de a discussão em torno do alargamento do conceito de sinalagma se ter desenrolado, em grande medida, a partir do exemplo do contrato de seguro levou a doutrina de expressão germânica a afastar inicialmente do alargamento outros contratos que, na realidade, partilham da natureza de contratos de troca. Neste ponto da discussão, não chegou sequer a contestar-se a afirmação de que a figura do sinalagma se restringe aos contratos de *prestações* correspectivas – em virtude do tipo contratual sobre que incidiam os olhares, essa contestação não se mostrou suficientemente necessária. Com alguma dose de distorção da realidade, encontrou-se o sinalagma, não na relação entre a obrigação de pagamento

955 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 61-62.

956 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 63; PALANDT/FRIESECKE, «Einführung vor § 320» p. 319, já recorreu ao pensamento da «base do negócio» para explicar o sinalagma, mas não o estendera para além da troca de prestações. Esta referência continua a aparecer actualmente em PALANDT/GRÜNEBERG, «Einf. v. § 320» p. 514 m. 8.

957 Cfr. *supra* o texto junto à n. 947.

do prémio e a própria cobertura do risco, mas entre a primeira e a obrigação condicional de pagamento da indemnização – também ela com uma prestação por objecto. A falta de uma individualização da atribuição correspondente ao estado de vinculação do segurador – porventura mais escondida num sistema que apenas reconhece aos contratos efeitos obrigacionais – levou os autores a identificar o sinalagma na troca entre uma obrigação incondicional e uma obrigação condicional de prestar. Dizia-se que há sinalagma no seguro porque uma prestação só deve ser executada e recebida quando, em caso de verificação da condição, a outra também o for.

A concepção que explicava o sinalagma recorrendo à figura da base do negócio viria mais tarde a ser definitivamente posta em causa, por uma simples razão:

«Enquanto estrutura final imanente ao contrato, o sinalagma faz parte do conteúdo do contrato, e não apenas da sua base.»⁹⁵⁸

Neste ponto, foram determinantes os contributos de GERNHUBER e de LARENZ.⁹⁵⁹ Ambos concordam que o sinalagma faz parte do conteúdo do contrato. No entanto, apenas o primeiro o encontra na estrutura final imanente ao contrato (*Theorie der vertragsimmanente Zweckstruktur*).⁹⁶⁰ O segundo vê o sinalagma como uma limitação imanente dos deveres de prestar (*Theorie der immanenten Leistungsbeschränkung*).⁹⁶¹ Contudo, os autores que inicialmente explicam a imanência do sinalagma ao contrato nem por isso deixam de olhar além das prestações. São da opinião de que pode estipular-se um sinalagma entre deveres incondicionais e deveres meramente condicionais de prestar e dando como exemplo disso, precisamente, o contrato de seguro. Põem em evidência, mais restritamente, a constituição das partes em deveres em lugar de olharem, mais amplamente, para a sua vinculação ao normativo constante do contrato. E limitam-se a fazer referência a este *tipo especial* de contrato sinalagmático, em que apenas uma das partes se vincula incondicionalmente a um dever de prestar, notando a necessidade de

958 GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 313.

959 Cfr. GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 313; e Zession, p. 57; e LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 203-206.

960 GERNHUBER segue a direcção anteriormente apontada por VAN DEN DAELE, *Äquivalenz*, pp. 15 e 44-50. A sua posição é partilhada, entre nós, por MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 206-207.

961 A posição de LARENZ é partilhada, designadamente, por ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I-I*, pp. 263-265 – estes com algumas oscilações finalísticas. Cfr., por exemplo, pp. 218-219. E por TEUBNER, *Vertragsuntreue*, pp. 20-25. Para mais pormenores sobre esta querela doutrinária que opõe, essencialmente, partidários da teoria da estrutura final e da teoria da limitação imanente dos deveres de prestar, veja-se, entre nós, LURDES PEREIRA, *Conceito*, pp. 111-113.

adaptação das disposições legais reguladoras dos contratos sinalagmáticos, pensadas sobretudo para o caso da corresponsabilidade de dois deveres incondicionais de prestar.⁹⁶²

A doutrina germânica reconhece actualmente, quase unanimemente, a existência do sinalagma num contrato em que a relação de troca se estabelece entre uma obrigação condicional e uma obrigação incondicional de prestar.⁹⁶³ Na sua generalidade, não ultrapassou as fronteiras da obrigação, porventura em virtude das especificidades do sistema jurídico alemão, mormente da restrição do contrato aos seus efeitos obrigacionais.

Comparando as duas teorias acima referidas, é patente que a da estrutura final se afiguraria mais adequada do que a da limitação imanente dos deveres de prestar ao alargamento, que propugno, dos contornos do sinalagma para além do domínio restrito das promessas cruzadas de prestações. Contudo, esta última não deve desaproveitar-se. Podemos encontrar a reunião de elementos de ambas as teorias, com o alargamento proposto, na teoria mista da limitação imanente da vinculação.⁹⁶⁴

Houve, na doutrina, quem procurasse pôr em evidência a vinculação das partes ao contrato. Disse-se a certa altura, como vimos, que a assunção de uma obrigação condicional seria suficiente *causa adquirendi* da assunção, em contrapartida, de uma obrigação incondicional de prestar. Houve, todavia, quem afastasse por completo a ideia de uma obrigação condicional, inexistente antes da ocorrência do sinistro, ou existente apenas em estado de suspensão, e pretendesse encontrar a solução para o problema do sinalagma na análise das situações jurídicas desde logo plenamente constituídas no momento da celebração do contrato.⁹⁶⁵ Sustentou-se que o recurso à figura da obrigação condicional não dava suficientemente a entender que, por efeito da sua utilidade própria,

962 Cfr., por todos, LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 204; GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 324; e ESSER, *Schuldrecht*, p. 706. LARENZ sustentava que, antes da verificação da condição, não teria aplicação a este tipo especial de contrato sinalagmático o disposto no § 320 BGB.

963 Para além dos autores referidos na nota anterior, cfr. *supra* n. 912. Na Alemanha, o contrato de seguro é sempre biobrigacional, ao contrário do que se passa em Portugal (em que existe, como vimos, uma dualidade de regimes). Fora da Alemanha, cfr., por exemplo, os belgas ANDRÉ/HOSTE, *Assurances*, p. 5. Afirmavam os autores que o contrato de seguro é sinalagmático, porque o segurador só se comprometeria perante o tomador porque este se comprometia perante aquele, e vice-versa. Para os autores, a «causa» de cada um dos compromissos residiria na existência e execução pontual do outro.

964 Teoria de PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 20-28 (texto correspondente à al. d). A concepção alargada do sinalagma defendida por estes autores não se afasta da que proponho.

965 Neste sentido, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 164-170.

a troca entre uma obrigação pura e uma obrigação subordinada a um evento se tornava idónea, nalguns casos, a realizar a função económica do contrato. Para fazer referência a estas situações jurídicas, desde logo plenamente constituídas no momento da celebração do contrato, houve quem recorresse à figura da sujeição.⁹⁶⁶

Já vimos que, em lugar deste termo, que em rigor corresponde unicamente à situação passiva que tem como contraponto activo um direito potestativo, prefiro referir-me a este *quid* como um «estado de vinculação».⁹⁶⁷

A busca do sinalagma nas obrigações das partes torna-se desnecessária com uma adesão a um conceito alargado de sinalagma, em que a relação de corresponsabilidade ou de troca não se estabelece necessariamente entre prestações, ou entre obrigações de prestar, mas sim, mais amplamente, entre quaisquer atribuições.⁹⁶⁸ A questão não é de gosto, de preferência terminológica, ou de conveniência, dado que o nosso ordenamento jurídico

966 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 182-238. Em defesa da qualificação da posição do segurador como uma sujeição, veja-se ainda BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 787 (cfr. *supra* n. 884).

967 Cfr. *supra* o texto junto à n. 884.

968 Ou seja, num sentido próximo do que é dado ao conceito de onerosidade, por exemplo, por I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, p. 491: «Muitos autores tendem a confundir as duas classificações, identificando os contratos *sinalagmáticos* com os *onerosos* e os *não sinalagmáticos* com os *gratuitos*. Semelhante identificação não tem razão de ser. A primeira classificação atende à *estrutura* do contrato, a segunda à sua *função*; a primeira baseia-se na *corresponsabilidade das obrigações*, a segunda na *corresponsabilidade das atribuições*.» O autor dá como exemplo da confusão a redacção do art. 642.º CS. Cfr. ainda o seu *Obrigações*, pp. 99-100. Isto não significa que haja na minha concepção uma identidade entre ambos os conceitos. A onerosidade diz respeito, não ao contrato, mas à atribuição, e existe independentemente da existência de uma qualquer relação de corresponsabilidade com outra atribuição, bastando que, na sua causa, se encontre um sacrifício económico de outrem, como será também o caso nos contratos de cooperação, enquanto o sinalagma é próprio dos contratos em que se estipula uma relação de troca. Daí poder dizer-se que, num seguro de vida, uma mesma prestação do segurador pode ser qualificada como uma atribuição onerosa em face do tomador e como uma atribuição gratuita perante o beneficiário. Cfr. ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 141-149. O mesmo não poderia dizer-se, obviamente, do sinalagma. Cfr. LURDES PEREIRA, *Conceito*, pp. 256-257 n. 668. Cfr. ainda ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 177-178 n. 1. O autor afirmava que o sinalagma e a onerosidade «exprimem conceitos com uma função essencialmente distinta». O primeiro «visa retratar os aspectos de recíproca dependência existentes entre certas obrigações nascidas do mesmo contrato». Dá exemplos de perturbações de uma delas com influência na outra. «A distinção *gratuidade-onerosidade* é, pelo contrário, de raiz vincadamente económica; refere-se ao processo de aquisição da vantagem patrimonial traduzida na atribuição e tem profundos reflexos sociais.» Adiro à distinção, embora referindo ambos os conceitos ao domínio das atribuições. Uma última nota, para acrescentar que PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 6, distingue a atribuição jurídica, entidade abstracta colocada no plano dos efeitos jurídicos ou do conteúdo do contrato, da atribuição situada no plano dos factos, relevante para o efeito, designadamente, da distinção entre a onerosidade e a gratuitidade. Sem pôr em causa a distinção, entendo que esta última é, em todos os casos, o resultado necessário da primeira, sua concretização, salvo em certos casos de enriquecimento sem causa, em que o problema será precisamente a falta de uma atribuição jurídica que justifique a atribuição de facto.

associa aos contratos sinalagmáticos um regime jurídico próprio.⁹⁶⁹ Deve, por conseguinte, determinar-se, em termos precisos, até onde encontramos uma justificação dogmática para a aplicação desse regime jurídico: se este deve aplicar-se apenas aos contratos com reciprocidade de obrigações de prestar ou se, pelo contrário, existirá identidade de razões para a aplicação desse regime a todos os contratos com reciprocidade de prestações, ainda que não decorrentes de obrigações, ou até mesmo a todos os contratos com reciprocidade de atribuições. A demonstração de que a resposta é esta última só a teremos adiante, depois de examinarmos, com algum detalhe, alguns aspectos do regime jurídico do contrato de seguro.⁹⁷⁰ Neste ponto dedico-me a explicá-lo, ainda sem o demonstrar.

Aderindo a um conceito alargado de sinalagma, perceberemos que, num contrato de seguro, a verdadeira troca se faz entre o pagamento do prémio, correspondente ou não ao cumprimento de uma obrigação, e o estado de vinculação consistente na mera possibilidade de constituição de uma obrigação de prestar – a cobertura. É para obter esse estado de vinculação que o tomador se dispõe a pagar o prémio. Vimos também que, no contrato de seguro, temos do lado do segurador, não uma prestação característica, dado que o pagamento de uma quantia pecuniária, ou a realização de qualquer outra prestação convencionada, em caso de ocorrência do sinistro, não oferece especialidade relativamente a muitos outros contratos, mas antes uma atribuição característica: precisamente a suportação do risco de ocorrência do sinistro – a cobertura.⁹⁷¹

O exemplo do contrato de seguro demonstra bem como a fixação contratual de uma relação de troca nem sempre se refere às próprias prestações.⁹⁷² Mas a questão não é

969 Por isso me oponho à opção de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 496-572, *maxime* pp. 521-529; e, mais recentemente, *Contratos de Troca*, p. 201, quando adopta uma concepção clássica do sinalagma como uma categoria dos contratos obrigacionais, explicando que a terminologia se teria estabilizado, nos direitos romano-germânicos, com o sentido de contratos reciprocamente obrigacionais, asserção essa que, embora verdadeira, por corresponder à posição ainda hoje maioritária na doutrina, peca pela ausência de justificação dogmática, que não poderia dispensar-se, na medida em que, como disse, ao conceito vem associado um regime jurídico.

970 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1199. Especificamente sobre o tema, e em defesa deste conceito alargado de sinalagma, cfr. o *Sinalagma* de PEREIRA/MÚRIAS (*maxime* p. 2 – texto junto à n. 5).

971 Cfr. *supra* n. 894.

972 Não tem, por isso, razão FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 566-567, que rejeita a posição segundo a qual os contratos de seguro devem qualificar-se como sendo simplesmente contratos sinalagmáticos de troca, com base no pressuposto de que esta conclusão teria subjacente a ideia de prestação continuada ou duradoura por parte do segurador, o que em seu entender envolveria uma «evidente ficção», visto que, nos seguros com função de garantia, a prestação do garante é eventual e única, e a segurança que o beneficiário possa sentir na pendência do evento futuro e incerto deriva de uma

específica do seguro. Não será esse o caso, por definição, em todos os contratos com obrigações meramente condicionais de prestar.⁹⁷³ Semelhante é o caso do contrato de opção. Ninguém nega o valor de um direito de opção, um valor anterior e independente do seu exercício pelo respectivo titular. A diferença entre o que se passa no caso do contrato de seguro e o que acontece no do contrato de opção é que, neste, por se tratar de um direito potestativo, o resultado fica dependente da vontade do titular do direito de opção, e não da ocorrência do sinistro. São múltiplos os exemplos de prestações condicionais. Em todos estes casos se trata de direitos ou outras situações actuais: com valores actuais. As regras do jogo são fixadas à partida, embora o resultado final dependa de uma ou mais variáveis, que só serão conhecidas já depois do início o jogo. Em comum têm a circunstância de aparentemente dificultarem, mas na realidade contribuírem para uma melhor compreensão da relação sinalagmática em geral e, em particular, de uma das suas decorrências: a necessidade de tutela da relação de troca contratualmente fixada. Em todos estes casos, torna-se particularmente evidente que a relação de troca tem como pontos de referência, não as prestações, ou seja não as condutas prometidas, ou não prometidas mas executadas pelas partes, mas antes as respectivas atribuições globalmente consideradas. No caso das promessas ou outras estipulações condicionais – como é o caso do estado de vinculação resultante da promessa do segurador, mas também do estado de vinculação (neste caso deve dizer-se com propriedade que se trata de um estado de sujeição) de quem confere um direito de opção – as respectivas atribuições correspondem a esses estados – de vinculação – em que ambos voluntariamente se colocam, durante um determinado período de tempo, pelo mero efeito da celebração do contrato.

Os problemas que se colocam são, em parte, os mesmos que se colocam nos restantes contratos sinalagmáticos, pelo que a solução também deverá ser a mesma. Simplesmente,

mera expectativa, que será ela mesma frustrada se o garante, por sua parte, não cumprir, e não de uma prestação efectiva da outra parte: aquilo a que se chama prestação não seria mais do que um estado de pendência da obrigação. O autor tem razão ao negar à suportação do risco a qualificação de prestação. Rejeita que o seguro seja sinalagmático porque parte da definição, maioritária na doutrina, do contrato sinalagmático como um contrato reciprocamente obrigacional (p. 527 n. 203). Mas estende as suas objecções à qualificação do contrato de seguro como um simples contrato de troca. O sentido que dá a esta última categoria equivale à noção ampla, por mim sufragada, de sinalagma. Note-se que FERREIRA DE ALMEIDA atribui algum relevo económico à relação entre risco e prémio, aceitando que, no cálculo do prémio, se espera uma «equivalência tendencial no conjunto das operações» (p. 568). Mas ressalvando que equivalência é diversa de reciprocidade (p. 528).

973 Sobre este sentido amplo do termo «condição», cfr. *supra* o texto junto à n. 351.

o caminho para essa solução é dificultado pela existência da condição, pois o regime legal do sinalagma não considera a sua existência. O modelo que lhe está subjacente é o dos contratos de troca entre duas obrigações incondicionais ou dos contratos em que ambas as obrigações são condicionadas pelo mesmo evento – os contratos sob condição em sentido estrito. Portanto, os contratos sinalagmáticos como o de seguro não encontram na lei civil uma regulação inteiramente à medida.⁹⁷⁴ Pelo contrário, a lei já toma em consideração a situação em que uma das prestações deve cumprir-se antes da outra.⁹⁷⁵ Há, portanto, uma lacuna no regime dos contratos sinalagmáticos.⁹⁷⁶ Para encontrarmos as lacunas no regime decorrentes da não consideração do sinalagma nos contratos com obrigações condicionais, ou mesmo, como veremos adiante, nos contratos não obrigacionais, será conveniente examinar essas regras para ver se terão utilização ou se a sua *ratio* conduz a um desvio ou a consequências jurídicas não reguladas na lei, e finalmente, se aqui se apresentam fundamentos de valoração particulares, que não estejam de todo presentes no Código Civil.⁹⁷⁷

A relutância que a doutrina inicialmente manifestou em reconhecer a necessidade de tutela das relações de troca que envolvessem obrigações meramente condicionais de prestar também se relaciona com as dificuldades, inicialmente sentidas, na operação de avaliação económica de tais obrigações, ou melhor dos respectivos estados de vinculação, sobretudo quando a condicionalidade assume uma natureza aleatória. Em tempos, chegou a afirmar-se a insusceptibilidade de avaliação económica da suportação do risco por parte do segurador e a consequente impossibilidade de aferir da sua relação económica com o prémio de seguro.⁹⁷⁸ Outros autores, resignando-se à insusceptibilidade de estabelecimento de uma relação de valor entre as prestações das partes individualmente consideradas, sustentaram que, no contrato de seguro, haveria apenas, entre o conjunto dos prémios e o conjunto das indemnizações, o que se chamou uma equivalência de grupo.⁹⁷⁹ Mas sabemos hoje que não é assim, em grande medida graças

974 O que, no caso do contrato de seguro, não constitui hoje um problema, dada a existência da LCS.

975 Cfr. o art. 428.º/1 CC.

976 Nesse sentido, SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 67. Seguidor de SCHMIDT-RIMPLER é DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 84-92, e 136-141.

977 Neste sentido, SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 70 (referindo-se ao BGB). Para uma análise de alguns desses preceitos, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1199.

978 Neste sentido, PINO, *Prestazioni*, pp. 492-493.

979 *Gruppenäquivalenz*. KOENIG, *Gerechtigkeit*, p. 364. O autor entendia que só nesse sentido poderia falar-se numa justiça técnica de seguro (*versicherungstechnischen Gerechtigkeit*). Sobre o conceito de justiça técnica

aos ensinamentos da ciência económica dos seguros, embora também do ramo da economia a que se vem chamando teoria da decisão. Visto que o problema é comum aos contratos aleatórios, debruçar-me-ei primeiro sobre esse conceito e em seguida sobre o problema, mais específico, da avaliação da álea.⁹⁸⁰ Contudo, a questão do estabelecimento de uma razão de troca entre as atribuições das partes tornar-se-á mais evidente após a análise da questão, com esta relacionada, da suposta relação de equivalência entre as prestações ou, mais amplamente, entre as atribuições.

5.1.2. A suposta relação de equivalência entre as atribuições

A problemática do sinalagma não seria adequadamente tratada sem um exame da assimilação indevida, muitas vezes feita, entre o sinalagma e algumas outras relações entre o que cada uma das partes retira do contrato. Em especial, procura-se agora traçar uma linha divisória clara entre a relação de correspectividade própria do sinalagma, encontre-se ela entre prestações ou, mais amplamente, entre atribuições, e a sua eventual equivalência.⁹⁸¹ O objectivo é o de precisar o significado e alcance do sinalagma, despidendo-o do que lhe é alheio. Embora defenda um conceito alargado de sinalagma, a precisão a que ora me proponho não depende da aceitação de semelhante alargamento, aplicando-se independentemente dos termos da relação de correspectividade em que consiste o sinalagma.

Num dos manuais de direito dos seguros clássicos, o sinalagma no contrato de seguro aparecia representado, muito significativamente, numa figura com a imagem de uma balança em que se colocou num dos pratos um saco de dinheiro, correspondente ao prémio, e no outro prato um tijolo dividido ao meio: a primeira metade representaria a «prestação latente» da suportaçã do risco, e a segunda, a respectiva «prestação aguda».⁹⁸² Um outro autor, depois de afirmar que, de acordo com a doutrina reinante, as prestações são subjectivamente vistas pelas partes como equivalentes, explicava o sinalagma existente no contrato de seguro recorrendo ao «princípio da valoração», por virtude do

de seguro, veja-se ainda INNAMI, *Äquivalenzprinzip*, pp. 26-30.

980 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1031.

981 Para uma panorâmica crítica da evolução deste entrecruzar de ideias na história do pensamento jurídico, veja-se, por todos, VAN DEN DAELE, *Äquivalenz*, pp. 1-12.

982 MÖLLER, *VVR*, p. 18. A subdivisão da atribuição do segurador em «prestação latente» e «prestação aguda» é característica da teoria da suportaçã do risco. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 829.

qual as partes aceitariam a «equivalência entre prestação e contraprestação».⁹⁸³ *Rectius*, visto que no contrato de seguro uma das obrigações é incondicional e a outra meramente condicional, a equivalência entre (i) o valor da prestação incondicional e (ii) o produto do valor da prestação condicional pela probabilidade da sua verificação. Naturalmente, o autor retira a ideia da técnica actuarial.⁹⁸⁴ Referia-se à onerosidade como uma relação de valor (*eine Wertungsrelation*). Esta não significaria senão que uma prestação, que é um sacrifício próprio, seria avaliada por correspondência com uma vantagem, e que nesta avaliação deveria ter-se em conta a modalidade da prestação. Normalmente, ambas as partes recebem duas prestações daquele idêntico valor que inicialmente avaliaram. Mas nem sempre, porque num contrato como o de seguro não se avaliou apenas a prestação, em si mesma considerada, mas antes a relação de valor entre a prestação e a probabilidade da sua verificação.⁹⁸⁵ Na literatura portuguesa, há mesmo quem fale na «igualdade fundamental que é equivalência entre os compromissos do segurador e do segurado».⁹⁸⁶

Encontra-se muito difundida na doutrina a relação tradicionalmente apontada entre o sinalagma e o chamado «princípio da equivalência entre prestação e contraprestação», ou entre as respectivas promessas. Essa relação extravasa largamente o domínio específico do direito contratual dos seguros. Vejam-se as seguintes afirmações:

«Característica geral e incontestada do contrato sinalagmático é que neste se contrapõem duas obrigações, constituindo cada uma delas o equivalente da outra, e que promessa e contrapromessa se causam e condicionam mutuamente.»⁹⁸⁷

983 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 56.

984 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 64. Cfr. ainda KOLLER, *Risikozurechnung*, pp. 1 e 20-21. Já vimos que o autor concebia a actividade de contratar como parte do plano, de cada contraente, de proteger ou garantir a satisfação de necessidades, plano esse que no entanto se delineia num contexto de incerteza relativamente ao futuro, ou seja, de incerteza sobre se os dados planeados corresponderão aos dados factuais, o que está na origem do risco associado à contratação, a saber, o risco de tomada de uma má decisão. O autor falava, neste contexto, na equivalência subjectiva entre as prestações, que correria o risco de ser perturbada, em caso de verificação de alguma falha no plano. Fazia-o na senda de SCHMIDT-RIMPLER.

985 Cfr. WEENS, *Contrat d'Indemnité* (1927), pp. 70-91 (cfr. *supra* n. 624). Também KOENIG, *Schw. PVR*, pp. 96-97, acentuava a relação de valor entre prestação e contraprestação, que, num contrato de seguro, obrigaria a que, alterando-se o valor de uma, o da outra tivesse de lhe ser ajustado.

986 PEREIRA DA SILVA, *Operações*, p. 248.

987 STAMMLER, *Schuldverhältnisse*, p. 85.

«A contraprestação é, para cada uma das partes, o pleno equivalente da sua própria prestação. A avaliação de cada um é que é determinante para cada um dos lados. A medida que determina a equivalência é subjectiva, diferente para cada parte: é a da sua própria necessidade. Não é da natureza do contrato sinalagmático, ou da equivalência com o mesmo pretendida, que ambas as prestações sejam equivalentes segundo uma qualquer medida objectiva de validade geral.»⁹⁸⁸

O exemplo dos seguros mostra que esta ideia é errónea.

Não me disponho, de todo, a negar que, no direito dos contratos em geral, ou sequer, em particular, no direito contratual dos seguros, tenha aplicação o princípio da equivalência, manifestação de justiça material no controlo do conteúdo dos contratos, presente, designadamente, em disposições legais como a que estabelece a anulabilidade dos negócios usurários.⁹⁸⁹

Pretendo apenas sublinhar que são distintas as questões (i) da correspectividade das prestações – ou mais amplamente das atribuições patrimoniais das partes – e (ii) da respectiva equivalência. Porque (i) nem o sinalagma pressupõe ou exige uma equivalência objectiva, ou sequer subjectiva, entre as prestações ou atribuições patrimoniais das partes; (ii) nem a equivalência, como exigência de justiça material em direito dos contratos, tem uma aplicação mais incisiva nos contratos sinalagmáticos do que nos contratos biobligacionais não sinalagmáticos. A mais clara demonstração desta última asserção

988 LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, pp. 78-79. Cfr. ainda, do mesmo autor, *Schuldrecht I*, pp. 202-203. Cfr., no mesmo sentido, LEHMANN em ENNECCERUS/LEHMANN, p. 138; e, mais recentemente, PALANDT/GRÜNEBERG, «Einf. v. § 320» p. 514 m. 8.

989 Art. 282.º CC. Para mais exemplos de manifestações de um princípio de equivalência em direito das obrigações, veja-se PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 25-28 (o texto correspondente à al. e). Sobre o princípio da equivalência, veja-se, por todos, a monografia de HENSSLER, *Risiko*, pp. 70-71, 203-206, 227-253, 731-736. O autor procura a «paridade económica» na relação entre a prestação e a contraprestação, ideia que procuro combater no texto que se segue, o que não invalida as conclusões a que chega no seu estudo das perturbações originárias e supervenientes da equivalência. Atribui grande importância ao critério da previsibilidade das perturbações, que permitiria separar o controlo material da equivalência do § 138 BGB (bons costumes) e do § 242 BGB (boa fé). O primeiro respeitaria unicamente às perturbações originárias, o segundo às perturbações supervenientes. As perturbações previsíveis só relevariam no âmbito do controlo objectivo das perturbações originárias, as imprevisíveis respeitariam antes ao controlo subjectivo da paridade económica próprio das perturbações supervenientes (cfr. *maxime* p. 731). Esta última asserção, de que as perturbações supervenientes se sujeitariam apenas a um controlo subjectivo da paridade, será porventura mais discutível. Sobre o princípio da equivalência em direito civil, veja-se ainda PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 24-26.

estará talvez na regra geral de interpretação segundo a qual, em caso de dúvida sobre o sentido de uma declaração, prevalece nos negócios gratuitos o sentido menos gravoso para o disponente e nos onerosos o sentido que conduzir a um maior equilíbrio entre as prestações.⁹⁹⁰ Esta regra mostra que a equivalência enquanto ideal de justiça material é um valor que permeia a regulação de todos os negócios jurídicos onerosos.⁹⁹¹

Como se disse acima, o sinalagma é conteúdo, é elemento do texto do contrato.⁹⁹² Mas relaciona-se unicamente com a estrutura do contrato, refere-se à estipulação de uma relação de troca entre o contributo de cada uma das partes para a relação contratual, em nada interferindo com a respectiva relação valorativa. É a estipulação, pelas partes, de que cada atribuição fica dependente de se realizar a outra atribuição e tem por finalidade essa realização.⁹⁹³ O sinalagma corresponde, em suma, à expressão «em troca de» nas estipulações das partes. A equivalência das prestações não é uma decorrência conceptual do contrato sinalagmático. Dizia-se já em 1942:

«A lei da equivalência não decorre da natureza do contrato sinalagmático. O "sinalagma" relaciona-se com a estrutura da obrigação. Comanda a dependência dos compromissos recíprocos no seu nascimento e nos seus efeitos. Só exige uma coisa: que, em princípio, uma parte só deva prestar se a outra também o fizer. Não há referência à relação de valor dos conteúdos da obrigação.»⁹⁹⁴

990 Art. 237.º CC. Sobre o tema da justiça material, e em particular sobre o princípio da equivalência no direito dos contratos, veja-se ainda, a este propósito, o *Gerechtigkeit* de OECHSLER. A referência aos modernos contratos de troca, no título da obra, pretende evidenciar precisamente que se procede, nesta obra, a uma análise dos casos que extravasam o modelo clássico do contrato sinalagmático, pelo qual duas partes se vinculam a deveres correspectivos de prestar, examinando, com especial detalhe, os contratos multilaterais de troca, mas também contratos que normalmente não se incluíam nesta categoria, tais como o contrato de sociedade.

991 Neste sentido, PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 25-26 (texto a seguir à n. 70). De tal modo assim é que a lei italiana chegara mesmo a distinguir os contratos onerosos e gratuitos consoante se celebrassem mediante *equivalente* e *senza equivalente*. Cfr. o art. 1101 CCit de 1865. Sobre esta distinção, cfr. SCALFI, *Corrispettività*, pp. 6-7.

992 Cfr. *supra* o texto junto à n. 958.

993 Nesse sentido, PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, p. 29 (texto junto à n. 78). Cfr. *supra* na n. 958.

994 DESCHENAUX, *Revision*, p. 563. Vejam-se, neste sentido, as edições mais recentes dos principais comentários ao BGB: STAUDINGER/OTTO, «Einleitung zu §§ 320 ff» pp. 119-120 mm. 7-9; MK/EMMERICH, «Vor § 320» p. 1871 m. 8; e SOERGEL/GSELL, «Vor § 320» p. 3 m. 3. Outros autores importantes no estabelecimento desta ideia foram: OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, p. 50; ENDEMANN, *Preisumsturz*, pp. 9-10, sobre o princípio da proporcionalidade e a manutenção do equilíbrio entre o conteúdo das prestações nos contratos sinalagmáticos; WEBER, *Aenderungsrecht*, pp. 37-38, que, a propósito do princípio da proporcionalidade, afirmou que o sinalagma não se estenderia à determinação da relação de valor entre as prestações; e, mais tarde, VAN DEN DAELE, *Äquivalenz*,

O conceito de sinalagma só pressupõe uma equivalência de prestações no sentido em que cada uma das promessas é fundamento jurídico ou causa da outra, reconhecendo cada uma das partes, subjectivamente, que a contraprestação tem um valor digno do valor da sua própria prestação, embora psicologicamente possa dizer-se que, de uma forma geral, só há negócio de troca quando cada uma das partes reconhece à contraprestação um valor superior, e não idêntico, ao da sua própria prestação.⁹⁹⁵ Não é necessária qualquer equivalência objectiva. Nem subjectiva.⁹⁹⁶ Continuará a haver sinalagma se uma das prestações for de valor objectivamente superior à outra e cada uma ou ambas as partes tiver consciência da diferença de valores.⁹⁹⁷ Note-se que eventuais motivações altruístas de uma das partes que não se reflectam no conteúdo do contrato – que não se incluam no seu texto – em nada diminuem a sua natureza sinalagmática.⁹⁹⁸ Houve quem se referisse à existência de uma «equivalência funcional» nos contratos sinalagmáticos, no sentido de

maxime pp. 28-36; GERNHUBER, *Zession*, pp. 62-63 n. 7; e *Schuldverhältnis*, pp. 319-322; e HUNGERBÜHLER, *Aequivalenz*, *maxime* p. 28. A separação dogmática entre as questões do sinalagma e da equivalência dos contributos de cada uma das partes para o contrato é sublinhada por OECHSLER, *Gerechtigkeit*, p. 68. o autor refere em seu apoio OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, p. 50. Logo de seguida afirma que uma demonstração dessa separação estaria na figura inglesa da *consideration* (pp. 68-69). Também SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 63, fizera referência à circunstância de, na estrutura do direito dos contratos anglo-americana, o problema da condicionalidade unilateral se resolver na prática mediante a *consideration*, visto que a obrigação condicional seria em geral reconhecida como *consideration*. A observação não é inteiramente rigorosa, visto que a figura da *consideration* não é mais do que a contrapartida definidora da onerosidade exigida por igual a todos os contratos, *rectius*, a todas as promessas, mesmo sem ser de troca, como as presentes num contrato de sociedade, não se aplicando apenas aos contratos sinalagmáticos. Cfr. PEEL em TREITEL, *Law of Contract*, pp. 74-75 (mm. 3-001 a 3-004). Trata-se, com efeito, de um conceito relativo à atribuição, e não ao contrato, à semelhança com o que se passa com a onerosidade (cfr. *supra* n. 968). Defendendo uma similitude funcional entre a *consideration* inglesa e a causa onerosa das atribuições, SACCO/DE NOVA, *Contratto I*, p. 790. É também certo, todavia, que se encontra por vezes, sobretudo em obras mais antigas, alguma confusão entre os domínios da onerosidade e da sinalagmaticidade dos contratos. Uma tal interpretação poderia inclusivamente retirar-se de alguns trechos de OERTMANN (designadamente na página acima referida). A leitura do remanescente da obra mostra, no entanto, que foi seu propósito, justamente, afastar a identidade de conceitos, à data maioritária na doutrina germânica. Sobre o problema da equivalência nas relações sinalagmáticas, cfr. ainda ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 187-200 (embora no contexto da onerosidade e não do sinalagma). E FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 528: «Reciprocidade não significa equivalência, nem equivalência objectiva ou de valores, nem equivalência subjectiva ou de representação de um equilíbrio de custos e benefícios. A função troca é, em si mesma, formal e neutra.».

995 Neste sentido, HUNGERBÜHLER, *Aequivalenz*, *maxime* p. 28.

996 Nota OECHSLER, *Gerechtigkeit*, p. 98, com razão, que as referências a uma equivalência meramente subjectiva já nada têm que ver com exigências de justiça comutativa de matriz aristotélica, visto que não propiciam qualquer controlo material de conteúdo, antes procuram explicar o processo de formação dos contratos. Também HENSSLER, *Risiko*, pp. 731-736, afirma que é de cariz objectivo o único controlo de equivalência a que o direito sujeita os contratos no momento da sua celebração, acrescentando, no entanto, a tese, mais discutível, de que o controlo de equivalência a que o direito sujeita os contratos ao longo da sua vigência já seria de cariz subjectivo (cfr. *supra* n. 989).

997 Neste sentido, HUNGERBÜHLER, *Aequivalenz*, *maxime* p. 28.

998 Cfr. PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, p. 27 (texto a seguir à n. 75).

que, não se impondo nestes qualquer identidade objectiva ou sequer subjectiva de valores, e não havendo, por conseguinte, qualquer controlo valorativo do conteúdo das prestações, haveria no entanto no sinalagma, enquanto relação de troca, a estipulação de uma identidade do «valor funcional» de ambas as prestações.⁹⁹⁹ Mas desvirtua-se com isto a noção de equivalência, que no fundo se assimilaria à de corresponsividade, sem nada lhe acrescentar.

A razão pela qual o contrato de seguro é um bom exemplo de que a questão da corresponsividade nada tem que ver com a da equivalência está na decomposição analítica do conteúdo económico do prémio. Temos, em primeiro lugar, o valor actuarial do risco de que trata o contrato – o chamado «prémio puro» ou «actuarial». O seu valor corresponde à esperança matemática em causa que, recorde-se, se obtém multiplicando a probabilidade do resultado negativamente valorado pela magnitude desse desvalor.¹⁰⁰⁰ Mas depois temos ainda mais qualquer coisa: o chamado «prémio de risco». Note-se que, neste domínio, a terminologia é abundante e fluida, de ciência para ciência, de língua para língua, por vezes de autor para autor.¹⁰⁰¹ Os conceitos de que carece a adequada comunicação das grandezas com que se trabalha divergem, entre outros aspectos, consoante esteja em causa o acto de calcular o prémio a pagar pelo tomador do seguro, como acontece na ciência actuarial, ou o acto de decompor, analiticamente, esse resultado, em função de determinados critérios, como faz, nomeadamente, a economia. Interessa reter que, para efeitos de aplicação do regime jurídico do contrato de seguro, o conceito de «prémio» inclui tudo o que seja *contratualmente* devido pelo tomador do seguro.¹⁰⁰² Isto é assim, independentemente da sua decomposição, ou das contas que

999 GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 319-322, em grande medida na senda de VAN DEN DAELE, *Äquivalenz*, pp. 13-14.

1000 Cfr. *supra* o texto junto à n. 266.

1001 Sobre os conceitos de prémio actuarial e de prémio de risco, veja-se GOLLIER, *Valeur*, pp. 457-470. Numa terminologia algo diversa, e bem mais abundante, cfr. ALBRECHT/LIPPE, *Prämie*, pp. 525-526. Cfr. ainda TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, pp. 591-592; MEHR/CAMMACK, *Principles*, p. 33; ou BICKELHAUPT, *General Insurance*, p. 13. Em língua francesa, cfr. COULBAULT/ELIASHBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, pp. 48-50. Em Portugal, cfr. o que dispunha o art. 1.º e ainda dispõe o art. 26.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Temos ainda o «prémio simples», o «prémio comercial», o «prémio bruto» e o «prémio total».

1002 Cfr. a noção de «prémio» constante do art. 51.º LCS. Este conceito parece corresponder ao de prémio bruto (o definido no n.º 1). A ele acrescem os encargos fiscais e parafiscais que integram o prémio total (n.º 2). É claro que, numa perspectiva de direito civil, não deverá contar-se com estes últimos. De resto, para melhor compreender a terminologia que por vezes se usa na indústria seguradora, convirá ter em atenção o disposto no art. 1.º/n) a p) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, não obstante a sua revogação, e não apenas o que dispõe o respectivo art. 26.º (ainda em vigor).

possam ter-se feito para chegar a esse montante. O propósito da referência legal à inclusão de certos custos e encargos é precisamente esclarecer que o «prémio» inclui tudo o que seja *contratualmente* devido pelo tomador do seguro, não se deixando às partes a qualificação disto ou daquilo como «prémio» e daqueloutro como algo de distinto do «prémio».

BOETIUS afirma que quando, no seguro, se fala na equivalência entre o prémio e o risco suportado pelo segurador, essa equivalência se refere ao «prémio líquido» e não ao «prémio bruto»: ou seja a algo de distinto da sua prestação.¹⁰⁰³ Pensemos num exemplo, muito simples, com um seguro de colheitas. Imaginemos que o potencial tomador tem um património de 100. O seguro em causa protegê-lo-á contra um único risco: a perda total em caso de queda de neve ou granizo. O risco de verificação do sinistro foi estimado em 20%. O impacto negativo do sinistro no seu património seria de 80 (o seu património desceria para 20). O valor actual do seu património futuro é, portanto, de 84 (100% de 80 + 20% de 20). O prémio actuarial de semelhante seguro seria de 16 (100-84). No entanto, o tomador médio estaria disposto a pagar mais do que isso por este seguro de colheitas. Imaginemos que o nosso tomador estaria disposto a suportar um prémio de 30. O prémio de risco, neste caso, seria de 14 (30-16). A viabilidade económica da actividade seguradora explica-se porque, muitas vezes, o montante que estamos dispostos a pagar por um seguro é bastante superior ao valor actuarial do risco contra o qual buscamos protecção. O prémio de risco custeia as despesas da actividade seguradora diferentes do pagamento de indemnizações e é elemento do seu lucro.¹⁰⁰⁴

Sobre a terminologia usada em língua portuguesa, cfr. PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, pp. 453-456; e, mais recentemente, VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 100-101.

1003 BOETIUS, *Garantievertrag*, pp. 49-52. Note-se que PEREIRA DA SILVA, *Operações*, p. 248, logo a seguir a uma referência, menos feliz, à «igualdade fundamental que é equivalência entre os compromissos do segurador e do segurado», acrescenta ser «evidente» que esta igualdade fundamental fornece o que se chama o prémio puro, a que deverá acrescentar-se algo mais. Esta evidência não o impediu de fazer referência à equivalência entre os «compromissos» de ambas as partes, sendo certo que o prémio puro é bem distinto daquilo que ao tomador caberá pagar: o «prémio comercial» (e respectiva tributação).

1004 KARTEN, *Problem*, p. 283, observa que um negócio de risco sem prémio de risco «conduz à ruína com uma probabilidade de 1/1». Cfr., no entanto, PICARD, *Risques*, p. 16. O autor nota que, e condições óptimas de homogeneidade e independência de riscos, o valor médio da indemnização «tende para a esperança matemática da indemnização, ou prémio puro, à medida a que cresce o número de segurados». Esta tendência no sentido da esperança matemática não significa, evidentemente, que alguma vez se atinja a identidade entre os dois valores.

Suponho que este é um exemplo claríssimo de que não existe equivalência entre prestações, e de que o único acto de pesagem, de avaliação comparativa, se faz entre o nosso sacrifício – que não é o mesmo que a prestação pois inclui os custos que temos com ela – e o benefício, que também não é a contraprestação, mas antes o que sobra depois de deduzidos esses custos. O seguro é um caso em que a distinção é clara porque antes de se determinar o *quantum* de ambas as prestações pode fazer-se, ou imaginar-se, uma primeira operação matemática em que se encontra o equivalente pecuniário ideal da suportação do risco. Note-se que estas operações têm em conta, na sua globalidade, o período durante o qual vigora a cobertura.¹⁰⁰⁵ A busca de uma equivalência entre o risco e o prémio não se afere necessariamente em cada momento, mas sim, tendencialmente, para a cobertura no seu conjunto.¹⁰⁰⁶

Ora, esse equivalente do risco que é o chamado prémio puro ou actuarial não corresponde àquilo que o segurador efectivamente recebe. É em geral mais elevado o prémio pago pelo tomador, o que é uma demonstração precisa de que, normalmente, só há contrato, numa relação de troca, se cada uma das partes atribuir um valor superior à contraprestação do que atribui à sua própria prestação. No caso do segurador, seria ruinoso que o cálculo do prémio tivesse por bitola o valor do risco a ser coberto pelo contrato, sem ter em conta, desde logo, os seus encargos – aspecto comum à generalidade dos contratos e porventura mais evidente no domínio dos seguros dado o rigor técnico com que, pelo menos em teoria, as várias «partes» do prémio podem, na prática, destrinçar-se. Bem como a circunstância de a sua actividade ter por finalidade o lucro – o que também acontece na generalidade dos contratos comerciais.¹⁰⁰⁷ No final, acrescidos os encargos fiscais e parafiscais, chegamos ao prémio total – o montante que é efectivamente pago pelo tomador.¹⁰⁰⁸ É claro que isto é normal mas não necessariamente assim: o prémio, em sentido técnico, não é um elemento necessário do contrato de seguro – este basta-se com uma mais genérica onerosidade.¹⁰⁰⁹

1005 Cfr. a primeira parte do art. 52.º/3 LCS.

1006 Nos seguros de vida inteira, e até mesmo nalguns seguros temporários de longa duração, pode evitar-se que o prémio suba constantemente ao longo da vigência do contrato, com a celebração de contratos de prémio constante com risco progressivo. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1250.

1007 PEDRO MARTINEZ, *Seguros*, pp. 20-22, salientava já a importância da lei da oferta e da procura na determinação do prémio.

1008 Cfr. *supra* n. 1002.

1009 LOWRY/RAWLINGS, *Cases & Materials*, p. 19, afirmam que é importante distinguir um verdadeiro prémio de outras espécies de remuneração, que não se relacionem de algum modo com o risco. Mas

Por seu lado, o tomador médio não costuma fazer contas tão precisas. Explicam os economistas que este irá celebrar o contrato de seguro se considerar que o que retira do contrato – a sua segurança ou paz de espírito, e quaisquer outras utilidades que possa, no caso, ter em conta – vale pelo menos tanto quanto, ou mais do que, o prémio que terá de pagar por ela.¹⁰¹⁰ Além disso, o valor dessa segurança também não é idêntico ao do risco coberto pelo seguro. Porque ao valor do risco propriamente dito há que acrescentar o valor que o tomador, entidade avessa ao risco, atribui à sua «transferência» para um terceiro.¹⁰¹¹ Ao fenómeno da aversão ao risco há que acrescentar que, contrariamente ao que se passa, por exemplo, no jogo, no caso do seguro temos que contar, na avaliação daquilo que o tomador retira do contrato, com o facto de as circunstâncias em que a prestação é devida serem precisamente aquelas em que esta se torna necessária. Este factor contribui para a diferença valorativa entre o valor do risco – actuarialmente correspondente à esperança matemática – e o da segurança.¹⁰¹²

É este um contrato em que o sacrifício de uma parte – a suportação do risco – é objectivamente menos valioso do que o benefício que a outra parte retira desse sacrifício

citam a decisão do Tribunal Federal da Austrália em *Australian Health Insurance Association Ltd. v Esso Australia Ltd.* (1993), onde se afirma, precisamente, que o prémio, em sentido técnico, não é um elemento necessário do contrato de seguro. Este carece apenas de uma qualquer *consideration*. Argumenta-se que, se um segurador decidir baixar os seus prémios para valores inferiores aos actuarialmente justos por forma a atrair clientes num dado segmento de mercado, ninguém pensaria em afirmar que esses contratos não seriam de seguro (pp. 454-455). Por outro lado, atente-se na afirmação de DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 127, já referida, de que o prémio seria o correspondente, não do risco individual, mas da média dos riscos homogêneos a cargo de um mesmo segurador. Como disse atrás, trata-se antes, na realidade, do resultado da intervenção conjugada de elementos individuais e colectivos, nuns casos com maior pendor para os primeiros, noutros para os segundos. Mas entre nós, como noutros ordenamentos jurídicos, isso é apenas *de facto* e não *de jure* assim, como o evidência o acórdão acima referido a respeito do ordenamento jurídico australiano.

1010 É esse, de um modo geral, o raciocínio de quem negoceia um contrato. Daí falar-se no critério, não tanto da equivalência, mas antes da «plusvalência» subjectiva. O termo é de ANTUNES VARELA, *Modo*, p. 196 n. 2, referindo-se à posição de JHERING. Ambas as partes devem estar persuadidas de que ganham com a troca. ANTUNES VARELA não deixa, todavia, de colocar como parâmetros da sua comparação apenas a prestação e a contraprestação.

1011 HENSSLER, *Risiko*, p. 244, observa que muitas pessoas chegam a pagar, como entrada num jogo ou como prémio de um seguro, o dobro da esperança matemática do correspondente risco. No caso do jogo, diz-se que são atreitos ao risco. No caso do seguro, que são avessos ao risco.

1012 EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 28, não era, por conseguinte, inteiramente rigoroso ao afirmar que «o risco é exactamente a obrigação do segurador reduzida ao seu valor no momento da conclusão do contrato de seguro». A obrigação do segurador tem um valor superior ao valor do risco. Este último corresponde ao produto do resultado contemplado pela probabilidade da sua verificação. Mas, ao contrário do que acontece na generalidade dos contratos de jogo, a esse valor será necessário adicionar, no caso do seguro, o valor que se atribui à circunstância de a sua verificação ocorrer exactamente nas circunstâncias em que há necessidade da prestação: é esse o valor da segurança que resulta da vinculação ao contrato.

– a segurança da satisfação de uma necessidade eventual.¹⁰¹³ Ou seja: o que uma dá tem um valor distinto do que a outra recebe.¹⁰¹⁴

Portanto, não deve recorrer-se a uma ideia de equivalência, por exemplo para tentar explicar que uma perturbação numa das prestações justifica um ajustamento proporcional na outra. Trata-se de *perturbações das atribuições*, e não de perturbações *do seu valor*, visto que são juridicamente irrelevantes as perturbações que ocorrerem somente no seu valor, sem afectar a substância das próprias atribuições. São as perturbações das atribuições cuja relação de interdependência – o sinalagma – pode levar à ponderação dos respectivos valores, e não a uma «perturbação da equivalência» – esta última expressão é de evitar, dado que faz pressupor uma identidade ou proximidade de valores entre ambas as atribuições. Embora, talvez por essa etimologia estar mais afastada em língua alemã, nem sempre a palavra seja usada nessa língua com o seu sentido etimologicamente mais rigoroso.¹⁰¹⁵

A justificação do eventual ajustamento de uma atribuição na sequência de uma perturbação na sua contra-atribuição encontra-se, muito simplesmente, no próprio sinalagma, o mesmo é dizer, na relação de correspectividade ou de interdependência entre as atribuições das partes. Uma interdependência contratualmente fixada, que corresponde

1013 HENSSLER, *Risiko*, pp. 124-128 e 238-246, explica precisamente como, num contrato de seguro, por virtude do funcionamento da lei dos grandes números, o segurador é um sujeito neutro relativamente ao risco, pelo que o valor que a suporta do risco tem para si será o correspondente à sua esperança matemática, enquanto para o tomador, sujeito avesso ao risco, pelo contrário, essa assunção tem um valor-utilidade pelo menos idêntico ao do respectivo prémio de seguro.

1014 MILCAMPS/BERDOT, *Bénéfice*, p. 238, chamam a atenção para a diferença, no contexto de um seguro de vida, entre o objecto da liberalidade, da atribuição gratuita ao beneficiário, que é o direito de crédito sobre o segurador e não a sua prestação, que pode nem ter lugar, e o valor da liberalidade, que corresponde à soma dos prémios pagos ao segurador. Pense-se na diferença entre os dois números do art. 450.º CC (escrito a pensar no exemplo do seguro de vida). O n.º 1 refere os casos em que releva o montante que efectivamente sai do património do estipulante. No caso do seguro de vida: o prémio. Porque só nesse montante os respectivos credores ou herdeiros poderão sentir-se prejudicados. Já o n.º 2 refere a situação em que, pelo contrário, importa atender, não ao montante que o estipulante desembolsa, mas ao que o terceiro recebe: o montante correspondente à prestação do segurador. Porque nesta situação o sujeito relevante já não é o estipulante-doador mas antes o terceiro-donatário – o ingrato. V. TUHR, *Allg. Teil II* 2, pp. 61-62, dava o exemplo do seguro de vida para demonstrar que nem sempre o sacrifício do que dá – no caso o montante dos prémios – é idêntico ao benefício do que recebe – no caso o capital seguro que entrará a final no património do beneficiário.

1015 HOFMANN, *PVR*, pp. 9-10. O autor acentua a suposta necessidade de uma correspondência entre prestação e contraprestação de seguros, ou mais rigorosamente entre a suporta do risco e o pagamento do prémio, chamando no entanto a esta correspondência, enganadoramente, equivalência (*Äquivalenz*). Equivalência essa que se apressa a distinguir de *Gleichwertigkeit*. Também utiliza a este propósito os termos *Entgeltlichkeit* e *Wechselseitigkeit*.

à estipulação de um *quid pro quo*. E que é independente de uma eventual equivalência no sentido de identidade de valor das prestações – ou sequer das atribuições. Porque existe ou pode existir interdependência onde nunca houve equivalência. É esse o caso, por exemplo, da compra e venda em época de saldos, em que a circunstância de as partes estarem de acordo em que o bem transaccionado vale mais do que o preço que por ele é pago – o que nem sempre sucederá – em nada afecta o recurso à figura da redução do preço, por exemplo, se for posteriormente detectado um defeito de fabrico que ambas desconheciam à data da contratação.¹⁰¹⁶ Em nenhum momento a interdependência em que se baseia a redução do preço pressupõe, ou sequer envolve, um controlo material da equivalência dos contributos contratuais das partes.¹⁰¹⁷ O mecanismo da redução do preço já não estará disponível se, pelo contrário, em lugar de um defeito tivermos, unicamente, uma redução no valor do bem decorrente de flutuações de mercado: a redução do preço começa por uma perturbação *da atribuição* e só recorre ao seu valor *ao tempo do cumprimento*, e não ao tempo da contratação, para determinar em quanto é que o sinalagma vai importar.¹⁰¹⁸ O juízo que então se faz, na operação de ajustamento, é de proporção, e não de equivalência.¹⁰¹⁹

Resumindo as minhas conclusões, direi que (i) no momento da contratação, as partes não estipulam, juridicamente, ou sequer contemplam, economicamente, uma equivalência entre as prestações, em si consideradas, mas antes – nos casos em que preocupações de

1016 Cfr. o art. 911.º/1 *ex vi* art. 913.º/1 CC, e ainda o art. 4.º/1 do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril.

1017 HENSSLER, *Risiko*, pp. 70-71, 203-206, 227-253 e 731-736, já vimos (*supra* n. 989), distingue entre os riscos previsíveis e os imprevisíveis, relevando os primeiros no domínio do controlo material da equivalência originária, em sentido objectivo, nos termos do disposto no § 138 BGB, e os segundos no domínio do controlo material das perturbações supervenientes da equivalência, em sentido subjectivo, nos termos do disposto no § 242 BGB (boa fé). A referência a esta subjectividade explicar-se-ia melhor se, em lugar de uma equivalência subjectiva, se falasse em perturbações interdependentes, dado o sinalagma, que, depois, levam a aplicar o mecanismo da proporção, visto que o que se pretende afirmar é que a actuação correctora do direito funciona aqui de modo independente do maior ou menor equilíbrio objectivo nessa proporção. DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 129-131 e 137-139, afirma que o princípio da equivalência é um princípio básico da actividade económica de produção do seguro mas que não tem aplicação jurídica, dado que nesse domínio funciona a autonomia privada, regulando o direito unicamente as perturbações da equivalência das prestações no seguro. Cita como exemplos da intervenção legal resultante de uma «perturbação da equivalência» os §§ 23-30 (agravamento do risco); § 56 (subseguro) e § 162 (desconformidade da idade da pessoa segura) VVG. Sobre a relevância das «perturbações da equivalência» enquanto perturbações da chamada «base do negócio», cfr. STAUDINGER/OTTO, «Einleitung zu §§ 320 ff» p. 120 m. 9.

1018 As meras reduções de valor das atribuições só terão alguma relevância, em casos limitados, dentro dos quadros do art. 437.º CC.

1019 Afirmam-no e explicam-no PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 25-28 (texto correspondente à al. e).

equivalência as motivam – entre o benefício que retiram do contrato e o sacrifício que este representa para elas;¹⁰²⁰ (ii) o benefício que uma parte retira do contrato não tem, necessária ou sequer tendencialmente, um valor idêntico ao sacrifício da outra parte; (iii) a decisão de contratar pressupõe, em geral, a consideração de que o benefício que cada parte retira do contrato é, pelo menos, ligeiramente superior, e não equivalente, ao sacrifício que o contrato para elas representa; (iv) no momento da contratação, o controlo material da equivalência entre o contributo de cada uma das partes para o contrato é comum a todos os contratos onerosos e não apenas aos sinalagmáticos; (v) nestes últimos, o direito protege o sinalagma, ou seja a relação de corresponsabilidade ou interdependência entre o contributo de cada uma das partes para o contrato – e não apenas entre as respectivas prestações – contra eventuais perturbações das próprias atribuições – e não do seu valor – que considere significativas, só recorrendo ao seu valor *ao tempo do cumprimento*, e não ao tempo da contratação, para determinar em quanto é que o sinalagma vai importar. Veremos adiante que o que se disse acerca do mecanismo da redução do preço também se aplica, no contexto dos seguros, ao regime de redução e aumento do prémio na sequência de uma alteração do risco.¹⁰²¹

Analiso em seguida um último obstáculo a enfrentar pela doutrina portuguesa na identificação e tutela do sinalagma no contrato de seguro. Como se disse acima, só fará sentido afastar a qualificação, como sinalagmático, do contrato de seguro se não houver identidade de razões entre a aplicação do respectivo regime aos contratos de prestações corresponsáveis e aos contratos, como o de seguro, em que a relação de troca se estabelece sem ser (apenas) entre prestações ou sequer entre obrigações.

5.1.3. Interdependência sem obrigação: o meio sinalagma

A questão da natureza meramente eventual da prestação do segurador não é entre nós o único entrave a ser ultrapassado para aceitar a qualificação do contrato de seguro como sinalagmático. Houve quem se apercebesse disso, sustentando que o «sinalagma genético» existe em todas as espécies de seguro privado salvo naquelas em que não há, do lado do tomador, uma obrigação de pagamento do prémio, por o contrato só produzir os seus efeitos, e o segurador só se encontrar obrigado, a partir do momento em que o tomador

1020 Já o dizia SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, p. 64.

1021 Cfr. os arts. 91.º a 94.º LCS. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1203.

paga o prémio.¹⁰²² Já vimos ser esse o caso, entre nós, em todas as formas de seguro em que o contrato de seguro é um contrato uniobrigacional, como decorrência da aplicação do «regime especial» para a falta de pagamento dos prémios de seguro.¹⁰²³ Entre nós, por conseguinte, a qualificação do contrato de seguro como sinalagmático em todos os casos e não apenas naqueles em que existem duas obrigações, exige o prévio afastamento do conceito tradicional de sinalagma como uma especial relação entre obrigações.¹⁰²⁴

Pense-se, em primeiro lugar, no facto, actualmente de aceitação generalizada, de a *exceptio non adimpleti contractus* se aplicar no nosso ordenamento a todos os contratos sinalagmáticos, ainda que haja prazos diferentes para o cumprimento das obrigações, podendo nesse caso ser invocada pela parte que se vinculou a cumprir em segundo lugar.¹⁰²⁵ A circunstância de a outra parte não ter ao seu dispor a *exceptio* não impede que, após o cumprimento, o sinalagma funcione em toda a sua plenitude, para ambos os lados, visto que as prestações são interdependentes, são fundamento uma da outra, como tal devendo ser tratadas, designadamente, em caso de cumprimento defeituoso ou de anulação do contrato.

Ora, nos contratos uniobrigacionais, em que, não obstante a corresponsabilidade entre duas prestações, a primeira ocorre, não apenas antes da outra, mas também antes ou em simultâneo com a produção de efeitos do contrato, de modo que a parte que presta em primeiro lugar nunca chega a estar obrigada a fazê-lo, há um total paralelismo com os contratos biobrigacionais sinalagmáticos com prazos diferentes para o cumprimento das obrigações. Em ambos os casos, só a parte com o dever de prestar em segundo lugar pode escusar-se a fazê-lo, embora, tecnicamente, só nos últimos casos recorra para isso à *exceptio*, dado que, nos primeiros, sem a prestação do primeiro, o contrato não chegaria a produzir efeitos. A semelhança encontra-se na fase posterior ao cumprimento. Em todos estes casos, após o cumprimento, o sinalagma funciona em toda a sua plenitude, para ambos os lados, sendo total a interdependência entre as prestações ou, mais amplamente,

1022 DONATI, *Trattato II*, pp. 35 e 40-41; e *Sinalagma*, pp. 428-437.

1023 Cfr. *supra* texto junto às nn. 784-797.

1024 Veja-se, por exemplo, a distinção entre os contratos onerosos e os contratos sinalagmáticos proposta por I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 99-100; e *Contratos*, p. 491 (citada *supra* n. 968).

1025 Cfr. o art. 428.º/1 CC. A questão é pacífica. Neste sentido, vejam-se PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, pp. 405-406; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, pp. 331-332 n. 599; ou MENEZES LEITÃO, *Obrigações II*, pp. 263-264.

entre as atribuições. A estipulação e realização de tais atribuições cumpre uma «finalidade de troca».¹⁰²⁶ Trata-se do que poderá chamar-se um «meio sinalagma».¹⁰²⁷

Na fase da celebração, apenas num dos lados temos a estipulação de um *do ut des*, existindo do outro a estipulação de um *do quia dedisti*: dou porque deste. O sinalagma surge, no contrato de seguro sem vinculação a uma obrigação de pagamento do prémio, entre as atribuições, e não entre as vinculações a duas obrigações de prestar: o *quid pro quo* faz-se entre (i) a prestação consistente no pagamento não vinculado do prémio; e (ii) a constituição de um estado de vinculação.¹⁰²⁸ A primeira, embora consista num acto do tomador, corresponde a uma atribuição *de jure*, e não apenas *de facto*, na medida em que se trata de um acto previsto no contrato, que determina a sua produção de efeitos. O estado de vinculação traduz-se, vimo-lo, numa possibilidade de constituição da obrigação de pagar a indemnização, dependente da verificação do sinistro. Essa obrigação, se constituída, não integra o sinalagma. O que é objecto de troca é a possibilidade de constituição da obrigação, e não a própria obrigação. O vínculo tem o valor do bem a que acima se chamou segurança. Simplesmente, só uma das partes se vincula, ficando na disponibilidade da outra parte pôr em prática, ou não, o desígnio contratual. É assim no contrato de seguro, sempre que o pagamento do prémio não corresponda ao cumprimento de uma obrigação.

O exemplo do contrato de seguro demonstra bem que a troca, nos contratos sinalagmáticos, nem sempre se faz entre duas prestações, podendo igualmente a correspectividade ou interdependência referir-se a atribuições das partes que, configurando ou não prestações, não correspondam ao cumprimento de quaisquer obrigações a que previamente se tenham vinculado. O seguro uniobrigacional vem

1026 O termo (*Austauschzweck*), mas não a asserção, é de GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 312.

1027 A designação é de PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 12-14 (texto da primeira parte da al. c). Os autores tratam exemplos do que designam os «quase-sinalagmas» ou sinalagmas imperfeitos: (i) o «meio sinalagma»; e (ii) o «sinalagma trilateral». Definem: «No meio sinalagma, um dos intervenientes obriga-se a uma prestação ou realiza uma atribuição de outro género *se e só se* o beneficiário fizer ou deixar de fazer algo e para esse preciso fim, mas sem que este último prometa coisa alguma ou esteja de outra forma vinculado.» (p. 12) (itálicos acrescentados). Os autores continuam, afirmando que o meio sinalagma «se transforma num sinalagma *proprio sensu* se e na medida em que o beneficiário realize o que dele era esperado: aí pertence ao sentido do seu acto de prestar o de a atribuição subjacente ser limitada pela da outra parte» (p. 14).

1028 DIEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, pp. 371-372, identifica alguns casos em que «existe uma evidente reciprocidade de interesses, de promessas e de atribuições patrimoniais, mas em compensação não existe pluralidade de obrigações».

completar essa demonstração: do lado do segurador, existe sempre vinculação, cria-se a possibilidade de constituição de uma obrigação, o que levou grande parte da doutrina, designadamente de expressão germânica, a identificá-la como o ponto de referência da troca, do sinalagma. Do lado do tomador, pelo contrário, se lhe retirarmos a obrigação de pagar o prêmio, nada nos resta, de que possamos fazer-nos valer para nos atermos à ilusão de um sinalagma obrigacional. Somos então forçados a reconhecer a possibilidade de um sinalagma não obrigacional, e a aceitar que, mesmo do lado do segurador, o sinalagma não se estipula por referência a uma obrigação: a sua obrigação de indemnizar, uma vez constituída, não chega a integrar o sinalagma.

O que disse bastar-me-ia para entender que deve adoptar-se um conceito amplo de sinalagma, que tenha em consideração que os pontos de referência da relação de troca consistem, não só em obrigações e prestações, mas também noutras atribuições das partes.¹⁰²⁹ Contudo, regressarei a esta questão quando examinar, mais à frente, os preceitos legais relativos ao contrato de seguro que justificam, em meu entender, semelhante extensão do conceito de sinalagma: como comecei por dizer, a questão não é terminológica, mas de regime.¹⁰³⁰

5.2. A aleatoriedade

5.2.1. Conceito

O contrato aleatório é normalmente definido pela doutrina lusa, na esteira da doutrina franco-italiana, como uma modalidade dos contratos onerosos. A primeira categoria não tem a mesma tradição na doutrina germânica, onde é por vezes entendida num sentido

1029 A orientação de acordo com a qual o sinalagma se estende para além do cruzamento de obrigações de prestar é ainda minoritária na doutrina nacional. Veja-se, todavia, nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 422-423; e *Tratado I-I*, pp. 461-462; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 445-447; LURDES PEREIRA, *Conceito*, pp. 256-257 n. 668 (cfr. ainda pp. 111-113); e todo o *Sinalagma* de PEREIRA/MÚRIAS (*maxime* p. 2: texto junto à n. 5). VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 104, afirma que no contrato de seguro resulta para ambas as partes uma atribuição patrimonial e um correspondente sacrifício patrimonial, mas no contexto da qualificação do contrato como sendo oneroso, sendo certo que a sua adesão à teoria da suportação do risco o dispensa de encontrar o sinalagma para além das meras prestações. Para o uso tradicional e ainda largamente dominante do conceito, veja-se, entre nós, ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 165-178; e *Obrigações I*, pp. 395-398; I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, p. 491; e *Obrigações*, pp. 99-100; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 528; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 204-207. Na Alemanha, cfr. a doutrina citada na n. 951 e, por exemplo, GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 309; ou FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 37, que afirmam que a corresponsabilidade pressupõe a vinculação de ambas as partes a deveres de prestar recíprocos ou interdependentes.

1030 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1199.

mais estrito, porventura devido à designação no seu seio mais difundida, e que lhe é frequentes vezes assimilada, de contratos de sorte (*Glückverträge*).¹⁰³¹⁻¹⁰³² Poderá definir-se, muito simplesmente, o contrato oneroso como aquele que implica um sacrifício económico para ambas as partes.¹⁰³³ A fronteira entre esta categoria e a do contrato sinalagmático nem sempre é claramente estabelecida. Repito que, mesmo com o conceito alargado de sinalagma que subscrevo, não se desvanece a sua distinção.¹⁰³⁴

1031 À semelhança do que fazia o art. 1102 CCit de 1865. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 9-13 e 55, afirmava que a qualificação do contrato de seguro como um contrato aleatório era quase unânime nas doutrinas francesa e italiana, onde a categoria tinha – e tem – maior expressão, sendo certo que o seguro foi desde logo como tal expressamente qualificado no próprio art. 1964 do CCfr. Cfr. *infra* n. 1037. O autor reconheceu que o mesmo não se passava na doutrina alemã. Nesta última, veja-se, por todos, EBEL, *Glücksvertrag*, pp. 53-76. A oposição germânica à qualificação do seguro como um contrato aleatório terá tido origem na influente obra de BESELER, *System*, pp. 461-467, sobretudo por referência ao funcionamento da lei dos grandes números, que em seu entender afastaria a aleatoriedade. Opuseram-se igualmente a esta qualificação os seguintes autores: EHRENBURG, *VR I*, p. 72, afirmando que a questão da aleatoriedade do seguro era muito discutida no estrangeiro, mas que se compreenderia facilmente que a qualificação não assentava ao seguro, visto que aqui não haveria incerteza sobre qual das partes retiraria uma vantagem ou uma desvantagem do contrato, dado o propósito do segurado ser de segurança e nunca de lucro (*Sicherheit aber niemals Gewinn*); O. v. GIERKE, *DP III*, p. 795; J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 113-114, afirmando que a arrumação do seguro no grupo dos contratos aleatórios revelaria um total desconhecimento da função económico-social do seguro; BRUCK, *PVR*, p. 59; SIEBERT, *Risikogedanke*, pp. 135-137; EICHLER, *Geschäftsbesorgung*, pp. 243-244; e *Zivilrecht*, pp. 177-186; WERBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 16; e LOOSCHELDERS, *Zufall*, p. 531, que afirma, peremptoriamente, que «[a]os olhos de hoje não se põe em causa que o contrato de seguro perdeu o seu carácter aleatório, em virtude da entrada em acção dos modernos cálculos actuariais». Curiosamente, o ABGB qualifica expressamente o seguro como um contrato aleatório. Vejam-se os §§ 1267-1292 (*Von den Glückverträgen*) e dentro destes os §§ 1288-1292 (*Versicherungsvertrag*). Cfr., todavia, o austríaco STEINBACH, *Stellung*, p. 24, que também rejeitava a assimilação do seguro aos (demais) contratos aleatórios, não obstante a opção legislativa vertida no ABGB. A forte oposição a esta qualificação também pode estar em parte relacionada com a maior proximidade existente, na doutrina germânica, com os ensinamentos da ciência económica do seguro. Cfr., por exemplo, a afirmação de HAX, *Wesen*, p. 31, de que os jogos de azar funcionariam de um modo oposto aos seguros, visto que nos primeiros se assumia um novo risco enquanto nos segundos se procurava transferir para outrem um risco indesejado (cfr. *supra* o texto junto à n. 317). Entre os partidários da qualificação do contrato de seguro como um contrato aleatório contam-se: LEHMANN, *Gegenleistung*, pp. 2006-2008, que desmascarou o argumento de que o funcionamento da lei dos grandes números eliminaria o elemento aleatório do seguro, argumentando que o mesmo poderia dizer-se, em muitos casos, acerca do jogo; ESSER, *Schuldrecht*, pp. 695-696, que distinguiu os contratos de risco em sentido amplo, ou contratos aleatórios, e os contratos de risco em sentido restrito, ou contratos de sorte; MÖLLER, *Moderne Theorien*, p. 283; o austríaco HUNGERBÜHLER, *Aequivalenz*, p. 36; e DREHER, *Rechtsprodukt*, p. 73. O tema não é sequer abordado em muitas das obras mais recentes, designadamente manuais de direito dos seguros ou comentários à lei do contrato de seguro, o que se explica pelo reduzido papel desempenhado pela figura dos contratos aleatórios na tradição jusprivatística germânica. Sobre os contratos aleatórios em direito alemão, cfr., recentemente, HENSSLER, *Risiko*, pp. 420-730.

1032 Entre nós, há também quem se refira aos chamados negócios jurídicos aleatórios como aqueles em que o risco é procurado, e não um risco previsto e acautelado, em que a função de imputação do risco se resolve através de uma álea, e em que, quando puros, «a finalidade de cada uma das partes é obter um ganho à custa de uma perda da outra» (p. 538). FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 537-539 e

Os contratos onerosos são habitualmente subdivididos em comutativos e aleatórios. De acordo com alguma doutrina, um contrato dir-se-ia aleatório quando apenas uma das atribuições se apresenta como certa e comutativo quando assim se apresentam ambas as atribuições.¹⁰³⁵ Há, todavia, quem defenda a incorrecção da contraposição tradicional, dentro dos contratos onerosos, entre aleatórios e comutativos, ainda maioritária na nossa doutrina, com base no argumento de que apenas a aleatoriedade dependeria da incerteza, referindo-se a comutatividade se referiria ao «equilíbrio» das prestações.¹⁰³⁶ Embora não resulte inteiramente claro o sentido aqui dado a este termo, esta crítica é de resto, em meu entender, inteiramente procedente, quando salienta que se trata de duas classificações distintas e não das duas faces de uma única classificação dicotómica, como bem o demonstra o exemplo do contrato de seguro. Efectivamente, tentarei demonstrar, socorrendo-me deste exemplo, que se funda num erro a tradicional contraposição entre contratos aleatórios e contratos comutativos, dado que esta última expressão é apenas mais um modo de fazer referência aos contratos sinalagmáticos, ou de troca, em que se inserem, entre muitos outros, pelo menos alguns contratos aleatórios, mormente o seguro.

557. Esta é uma noção mais restrita, comum, como vimos, a parte da doutrina germânica, onde apenas se subsumem os contratos de jogo, e que não interessa aqui desenvolver.

1033 A doutrina portuguesa é hoje relativamente pacífica quanto à distinção entre contratos onerosos e gratuitos. FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, pp. 77-78, afirma que «as opiniões convergem no sentido de que o critério de distinção assenta na correlatividade, correspectividade, reciprocidade ou contrapartida do sacrifício e do benefício das atribuições patrimoniais, que é característica dos negócios onerosos, enquanto os negócios gratuitos envolvem sacrifício apenas para uma das partes e benefício apenas para a outra». Para o autor, os traços comuns entre os diferentes manuais de teoria geral do direito civil entroncariam na recepção directa ou indirecta da lição de ANTUNES VARELA exposta em *Modo*, pp. 53-221. Para este autor, haveria onerosidade «sempre que do acto jurídico nasce a necessidade de duas atribuições patrimoniais, pelo menos, que servem de *correspectivo* uma à outra» (p. 221). Cfr. ainda ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 404-407, *maxime* p. 405 n. 3; I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 96-100; C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 400-403; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 423-424; e *Tratado I-I*, pp. 473-475; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 207-208. FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 520, avança ainda com uma terminologia alternativa para a contraposição entre contratos onerosos e gratuitos: contratos unilaterais ou bilaterais *quoad effectum*.

1034 Cfr. *supra* n. 968.

1035 A origem deste modo de expressar a distinção está em França. Na doutrina francesa, veja-se, designadamente, JOSSERAND, *Droit Civil*, pp. 20-21 (referindo-se todavia às prestações e não às atribuições). Em Portugal, cfr. C. MOTA PINTO, *TGDC*, p. 403; e, mais recentemente, MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, p. 209.

1036 Cfr. I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, pp. 482-484. O autor não critica explicitamente a contraposição entre contratos aleatórios e comutativos, mas substitui-a pela contraposição entre contratos aleatórios e não aleatórios, definindo a categoria dos contratos aleatórios em termos muito semelhantes aos usados, posteriormente, por MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 430 n. 128; e *Tratado I-I*, pp. 477-478 (é deste autor a crítica a que se faz referência no texto).

O contrato de seguro é habitualmente caracterizado como um contrato aleatório por se desconhecer à partida qual das duas partes desembolsará maior pecúlio.¹⁰³⁷ É habitual referir-se, por simplicidade, o caso mais frequente em que é certo o pagamento do prémio pelo tomador e meramente eventual o pagamento da indemnização pelo segurador. Todavia, a situação pode ser distinta, como será o caso, designadamente, nos seguros de vida inteira, em que é certa a prestação do segurador, e pode ser certo o seu montante, sendo incerto o período de vigência do contrato, e portanto o montante final dos prémios periodicamente pagos pelo tomador, visto desconhecer-se a data da morte da pessoa segura. Em qualquer dos casos, importante é o desconhecimento, aquando da contratação, de qual das duas partes desembolsará, a final, maior pecúlio.¹⁰³⁸ Já vimos que existiu em tempos, na doutrina, uma tendência para contestar a aleatoriedade do seguro com base na técnica actuarial, posição que assentava numa falha de raciocínio hoje em dia facilmente apontada, mas que em tempos gerou muita confusão.¹⁰³⁹ A falha consiste na

1037 Cfr. *supra* n. 1031. Cfr. os estudos clássicos de POTHIER, *Contrat d'Assurance*, pp. 236-237 (n.º 8). Para o autor, seria «evidente» o seguro era um contrato aleatório, e não um contrato comutativo, porque, ou o sinistro nunca chegava a acontecer e o segurador nada devia pagar ao segurado que lhe pagara o prémio, ou acontecia, e o segurador devia pagar ao segurado muito mais do que este lhe pagara. Em nenhum dos casos, o que um recebe seria «o equivalente» do que recebe o outro. «O prémio que o segurador recebe não é, portanto, o preço de outra coisa que este dê, mas sim o preço do risco que assume pelo contrato, o que corresponde ao verdadeiro carácter dos contratos aleatórios.» Sobre os contratos aleatórios, cfr. ainda POTHIER, *Jeu*, p. 297 (n.º 2). Cfr. os estudos mais recentes de JOSSERAND, *Droit Civil*, pp. 21 e 813; COULBAULT/ELIASBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, p. 78; e LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 169-170. Na Bélgica, FONTAINE, *Assurances*, p. 125. Em Itália: BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 455-457 e 469; ou GASPERONI, *Assicurazione*, p. 29. Em Espanha: URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 750. Em Portugal: ANTHERO, *Comentário CCom II*, pp. 127-128; CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 500; PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, p. 43; MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 29-30; C. MOTA PINTO, *TGDC*, p. 403; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 431; *Tratado I-I*, p. 477; e *Comercial*, p. 774; ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 51 e 59; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 449; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 104-106. Nos EUA, cfr. PATTERSON, *Cases & Materials*, pp. 2-3.

1038 Cfr. FONTAINE, *Assurances*, p. 123.

1039 BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado I*, pp. 21-24; e *Contrato Aleatorio*, pp. 391-396, sustentou que o contrato de seguro seria um contrato comutativo. Sublinhava que a indeterminação das prestações – a álea – «devia existir quanto às duas partes», baseando-se na doutrina espanhola e francesa então dominante, para concluir que o contrato de seguro não seria aleatório, mas sim um contrato comutativo, bastando para demonstrá-lo a ideia de que a contratação em massa desses contratos retira a álea da actividade seguradora, e a circunstância de nenhuma das partes especular com o azar, ao contrário do que se passaria no jogo. Caracterizava a álea por a «relação de equivalência» não estar determinada no momento da celebração do contrato. No mesmo sentido, BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 786. Temos outro exemplo das dificuldades por que passa quem tenta decidir, sem se aperceber da distinção dos critérios, se o seguro é aleatório ou comutativo em SANTORO PASSARELLI, *Variations*, pp. 307-311, que entendia que nuns casos o seguro seria comutativo e noutros aleatório, consoante fosse ou não celebrado por uma empresa que permitisse a compensação e não a mera transferência do risco. GORSKI, *Problèmes*, p. 312, afirmava que a ciência jurídica polaca já há muito não classificava o contrato de seguro como aleatório, por a actividade seguradora repousar em princípios científicos de cálculo baseados nos dados da estatística e na teoria da probabilidade. Para alguns exemplos de semelhantes dificuldades no seio da doutrina germânica, menos familiarizada com o conceito de

ausência de uma separação clara entre os planos da actividade económica e do contrato: se o exercício profissional da actividade seguradora permite eliminar ou minimizar a álea, o mesmo poderia dizer-se, em muitos casos, acerca do jogo. A questão deve resolver-se analisando o contrato, isoladamente considerado.¹⁰⁴⁰

Contudo, como se viu no capítulo anterior e se verá ainda melhor já de seguida, nem por isso o seguro deixa de ser *também* um contrato em que as partes estipulam uma relação de interdependência absolutamente idêntica à dos (restantes) contratos comutativos.¹⁰⁴¹ Atente-se, desde logo, no disposto no art. 1104 CCfr, que, parecendo à primeira vista contrapor contratos comutativos e aleatórios, na verdade não o faz, pois em ambos os casos se refere às prestações como equivalentes – o que no entanto já vimos não ser rigoroso – devendo antes considerar-se que trata os contratos aleatórios como uma subespécie dos comutativos.¹⁰⁴²

aleatoriedade, cfr. *supra* n. 1031.

1040 Cfr. LEHMANN, *Gegenleistung*, pp. 2006-2008. Cfr. ainda HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, p. 34. Os autores afirmam que a alegação de que a empresarialidade da actividade seguradora eliminaria a álea do segurador «perde de vista o contrato, confundindo-o com a organização para a sua exploração industrial por uma das partes; pelo contrário, esta organização pressupõe a álea, dado que se constitui para contratar em massa e eliminar por este sistema a álea para si própria».

1041 Cfr. EMÍDIO DA SILVA, *Seguros Mútuos*, p. 80. Sem se aperceber da distinção de critérios, o autor salientava a natureza «mista» do contrato de seguro, simultaneamente aleatório e comutativo: aleatório quanto à prestação pecuniária do segurador; comutativo no que respeita à segurança económica imediata do segurado, à transferência do risco. LEITE DE CAMPOS, *SRG*, p. 30, por sua vez, afirma que, com vista a estimular a prevenção de acidentes, no seguro de responsabilidade, se tem tentado personalizá-lo, introduzindo neste contrato, «considerado aleatório, as noções de justiça comutativa e equilíbrio das prestações». O autor refere-se à penalização, nos prémios, dos condutores mais imprevidentes, dizendo que «as seguradoras têm feito variar gradualmente o prémio em função do custo do risco, apreciado este segundo o comportamento do segurado», mas é evidente que comutatividade e equilíbrio já existiam desde a celebração do contrato, limitando-se o segurador a melhorá-los à medida a que vai obtendo maior conhecimento das características individuais de cada segurado. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 240-241, qualifica o contrato de seguro como um contrato comutativo, dada a troca entre o pagamento do prémio e a «prestação de segurança». E em seguida, a pp. 251-260, refere-se à sua qualificação como um contrato aleatório.

1042 Art. 1104 CCfr: «[O contrato] é comutativo quando cada uma das partes se compromete a dar ou a fazer uma coisa que é vista como equivalente do que lhe dão, ou que fazem por ela. Quando o equivalente consiste numa oportunidade de ganho ou de perda para cada uma das partes, de acordo com um acontecimento incerto, o contrato é aleatório.» FAGNART, *Condition et Aléa*, p. 16, afirma que resulta deste artigo que «o contrato aleatório é um contrato comutativo em que a equivalência das prestações resulta da "oportunidade de ganho ou de perda para cada uma das partes, de acordo com um acontecimento incerto"». O mesmo diz GRUA, *Effets*, p. 287. Cfr. ainda, neste sentido, HENSSLER, *Risiko*, pp. 16 e 425. Já no *Précis Dalloz* (anón.), p. 12, se fazia notar que a subdivisão dos contratos em comutativos e aleatórios – cuja contraposição não contestava – correspondia a uma distinção entre contratos sinalagmáticos, apontando o dedo a falácia, de ocorrência frequente, de se supor que nos últimos a álea pode existir apenas na esfera de uma das partes. Esta falácia deve-se à redacção do art. 1964 CCfr. Este, porém, não corresponde ao entendimento maioritário na doutrina francesa. Esclarecendo que os contratos comutativos «certos» e os contratos aleatórios são subcategorias dos contratos de troca, veja-se ainda o italiano BOSELLI, *Alea*, pp. 473-474, para quem «o sinalagma do

Contrapõe-se por vezes à definição tradicional acima dada uma outra, segundo a qual um contrato será aleatório quando, no momento da sua celebração, se desconhecem as vantagens que dele emergirão para as partes, sendo esse desconhecimento «da própria natureza» do contrato em causa.¹⁰⁴³ Esta última parte da definição é importante na medida em que, de certo modo, se pode dizer de quaisquer contratos que se desconhecem, no momento da celebração, as vantagens e desvantagens que dos mesmos resultarão para as partes.¹⁰⁴⁴ Após a troca de um guarda-chuva por um par de óculos de sol feita entre dois amigos, verificando-se que no Inverno que sucedeu ao ocorrido não chegou a chover, um deles concluirá que celebrou um mau negócio, o outro que o negócio foi excelente. Após uma transacção judicial feita em momento imediatamente anterior ao da leitura da sentença, o autor pode vir a concluir que fez um péssimo negócio, uma vez que a sentença, já escrita, e a que conseguiu ter acesso, lhe era inteiramente favorável. Temos portanto de encontrar uma definição que distinga a álea específica dos contratos aleatórios da álea normal dos contratos, genérico risco especulativo de variação do valor económico das atribuições que caracteriza toda a actividade de contratação.

contrato aleatório deve ser encarado em termos absolutamente correspondentes aos que a doutrina propõe para os contratos comutativos certos, com a diferença de que naqueles o que há de comutativo é precisamente o risco» (p. 473). Para a posição tradicionalmente veiculada pela doutrina, bem como uma análise das principais hipóteses interpretativas avançadas sobre os contratos aleatórios, veja-se BIGOT, *Traité III*, pp. 61-63.

1043 Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 430-433; e *Tratado I-I*, pp. 477-478. Em Itália, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 21-24; e BOSELLI, *Alea*, pp. 471-473. A definição baseia-se, porventura, nas definições legais clássicas do art. 1964 CCfr e do art. 1102 CCit de 1865 (que seguiu aquela de perto). Art. 1964 CCfr: «O contrato aleatório é um contrato recíproco cujos efeitos, quanto às vantagens e às perdas, seja para todas as partes, seja para uma ou várias de entre elas, dependem de um acontecimento incerto.» Veja-se, quanto a estas definições, NICOLÒ, *Alea*, p. 1024. O contrato aleatório também é assim definido por SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, pp. 478-482. Os autores afirmam ainda que há quem distinga a álea económica e a álea jurídica, consoante incida sobre o *quantum* ou sobre o *an* de uma ou de ambas as prestações, mas desvalorizam a relevância desta classificação. Sobre esta distinção, veja-se MORIN, *Contrats Aléatoires*, pp. 11-164. Contra esta definição dos contratos aleatórios, veja-se, para o direito italiano, PINO, *Contratto Aleatorio*, pp. 1221-1251, contrapondo a definição do CCit de 1865 ao regime decorrente do CCit de 1942.

1044 Sublinha-o VELOSO, *Risco*, pp. 285-286, para quem «[t]odos os contratos são instrumentos de resposta racional à incerteza do curso futuro dos acontecimentos, e portanto, nesse sentido muito amplo, instrumentos de gestão do risco. Em todos os contratos há assunção e distribuição de riscos, com aspectos de *retenção*, de *transferência* e de *partilha*, de importância variável na motivação do negócio, mas sempre presentes em algum grau, quer quanto aos riscos exógenos, quer quanto aos riscos criados pelo próprio contrato.» Cfr. a referência à estrutura de seguro implícito em p. 288 n. 13. O autor observa que todos os contraentes têm de ponderar «se, e em que condições, vale a pena contratar», ou seja, se vale a pena assumir os riscos endógenos da contratação, como preço da gestão dos riscos exógenos (p. 291). Sobre o tema, cfr. ainda Díez-PICAZO, *Fundamentos I*, pp. 85 e 88; e FAGNART, *Condition et Alea*, p. 23.

A álea, no sentido jurídico estrito que procuro,¹⁰⁴⁵ terá de corresponder a uma incerteza mais intimamente ligada à estrutura jurídica dos contratos, como o seguro, qualificáveis como aleatórios.¹⁰⁴⁶ Já vimos que essa álea é distinta do risco que se cobre por efeito do contrato de seguro.¹⁰⁴⁷ Este é específico do contrato de seguro, e porventura de mais alguns contratos aleatórios, mas não é partilhado por um dos paradigmas dos contratos aleatórios, a saber, o contrato de jogo. A álea que define os contratos aleatórios, incluindo o seguro, tem origem nos próprios contratos. O mesmo é dizer que o seguro é aleatório, não por lidar com um risco anterior e independente do contrato, mas por criar uma álea, que aqui tem a particularidade de estar ligada a esse risco anterior e independente do contrato, dado que, mediante remuneração, se estipula contratualmente uma redistribuição «desse» risco, ou seja, estipula-se um risco resultante dessoutro, que pode ser inteiramente suportado pelo segurador, ou antes ser parcialmente suportado por ambas as partes, como acontece, designadamente, quando se estipula uma franquia.¹⁰⁴⁸

Examine-se o raciocínio de quem parte do critério do equilíbrio para a definição de contrato aleatório, por contraposição ao contrato comutativo, para desta contraposição retirar as devidas consequências de regime.¹⁰⁴⁹ Afirma-se que há equilíbrio nos contratos comutativos e que, pelo contrário, nos aleatórios «as partes aceitam como típico ou próprio do contrato que, em consequência de circunstâncias fortuitas, uma delas possa ganhar e a outra possa perder», assumem «o risco da eventualidade do desequilíbrio patrimonial».¹⁰⁵⁰

Este raciocínio não é de aceitar, precisamente porque, ao contrário do que acontece com os (restantes) contratos comutativos, em que estarão sempre presentes os riscos próprios do contrato, nos contratos aleatórios, para além desses riscos, inerentes à vida, temos também, não o risco de um desequilíbrio, mas antes a aceitação de um desequilíbrio

1045 Sobre o conceito de álea, cfr. *supra* o texto a partir da n. 311.

1046 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 23-24; e BOSELLI, *Alea*, pp. 471-473.

1047 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 295.

1048 Este raciocínio é próprio dos seguros de danos. Nos seguros de capitais não se fala na repartição do risco pelas partes, dado que não se quantifica e redistribui, apenas se faz depender o pagamento de uma determinada soma da ocorrência de um evento potencialmente gerador de necessidade económica.

1049 Veja-se, por exemplo, a exposição de PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 448-450.

1050 PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 449.

superveniente entre as prestações.¹⁰⁵¹ Porque é da própria natureza dos contratos aleatórios que, uma vez inteiramente executados, apenas uma das partes tenha prestado e a outra não, ou que uma delas tenha prestado algo de valor bastante superior ao valor da prestação da outra parte.¹⁰⁵² O que não significa que não tenha havido, em todos estes casos, no momento da contratação, a fixação de uma relação de interdependência entre as atribuições das partes, porventura com base numa razão de troca plenamente equilibrada.¹⁰⁵³ É o que acontece, de uma forma geral, com o contrato de seguro.¹⁰⁵⁴

1051 Não é exigência do conceito que o desequilíbrio superveniente seja absolutamente certo. O desequilíbrio pode não ser certo, dado que, por exemplo, os jogos podem contemplar a hipótese de um empate, mas não é esse o resultado tipicamente desejado pelas partes. Exemplo disso são os contratos de compra e venda do usufruto ou da nua propriedade. Nesses contratos concebe-se um dado momento de charneira, antes do qual o contrato se traduziria num bom negócio para uma das partes, e após o qual passaria a ser um bom negócio para a outra, mas durante o qual a cessação do direito transaccionado significaria uma equivalência total e absoluta entre as prestações de ambas as partes. Estes contratos são referidos como exemplos de contratos aleatórios, designadamente, por JOSSERAND, *Droit Civil*, p. 811.

1052 SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, pp. 478-479, observam que não é aleatório o contrato em que a incerteza incide proporcionalmente sobre ambas as prestações, como no caso de uma compra e venda, por um preço unitário fixo, de uma quantidade ainda incerta de material, cuja determinação dependa de um dado evento. Por isso entendem que não basta falar na incerteza quanto às vantagens das partes para se chegar a uma definição satisfatória de contrato aleatório. Veja-se ainda I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, pp. 182-184, que distingue os contratos aleatórios do primeiro tipo, por força dos quais só uma das partes alcançará um benefício, desconhecendo-se, à partida, a qual delas caberá esse benefício, sustentando que a isso se chama jogo ou aposta, e os contratos aleatórios do segundo tipo, em que uma das partes suporta um sacrifício patrimonial certo em vista de atribuição incerta que, verificando-se, será de valor superior ao do sacrifício, como nalguns casos de seguro e na lotaria, ou em que ambas as partes suportam sacrifícios patrimoniais, desconhecendo-se o valor de ambas ou de uma delas, como noutros casos de seguro e na renda vitalícia. Cfr. a redacção menos feliz dos arts. 1537.º e 1538.º CS: «Se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuição, dado um determinado evento incerto, o contrato aleatório diz-se de risco ou de seguro. Se a obrigação de fazer ou prestar alguma coisa é comum, e deve necessariamente recair em uma das partes, conforme a alternativa do evento, este contrato aleatório chama-se jogo ou aposta.»

1053 SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, p. 480, acentuam a diferença entre uma avaliação *ex ante* das posições dos contraentes, em que a equivalência pode ou não existir, sem que isso afecte a natureza aleatória do contrato, e uma avaliação *ex post* das vantagens que cada um deles retirou do contrato, quando a álea já tiver cessado. Nesse sentido, também, a distinção de HENSSLER, *Risiko, maxime* p. 736, que, referindo-se aos contratos aleatórios em sentido estrito, ou seja, apenas àqueles que, como o jogo, geram obrigações naturais, afirma que nestes contratos a possibilidade de um controlo material da equivalência objectiva originária entre os compromissos das partes é idêntica à dos demais contratos, visto que esse controlo ocorre numa perspectiva *ex ante*, por via do § 138 BGB (bons costumes). Já afastaria deste domínio, todavia, o controlo superveniente da equivalência subjectiva próprio do § 242 BGB (boa fé). Cfr. *supra* n. 989. FAGNART, *Condition et Alea*, pp. 22-24. O autor entende que a equivalência entre as oportunidades de ganho e de perda no momento da formação é elemento essencial do contrato aleatório. Discordo da necessidade de semelhante equivalência, mas a afirmação ajuda-nos a compreender que tanto pode estabelecer-se uma relação de interdependência nos contratos aleatórios como nos não aleatórios, encontrando-se a especialidade dos primeiros, não na falta de interdependência, mas na circunstância de esta se estabelecer entre oportunidades de ganho e de perda. Quanto às prestações que cada uma das partes terá de realizar, essas estarão, por natureza, em desequilíbrio. Cfr. o Ac. RL 26.05.1987. O tribunal observa que, num contrato de

Há quem distinga os contratos aleatórios entre aqueles em que a álea é unilateral e aqueles em que é bilateral, consoante envolva a posição de ambas ou de apenas uma das partes.¹⁰⁵⁵ Contudo, esta distinção é equívoca. É certo que, na maioria dos contratos de seguro, o tomador sabe de antemão quanto irá desembolsar, permanecendo a incerteza quanto à exigibilidade da prestação do lado do segurador. Todavia, tal como numa simples aposta, o que releva para a aleatoriedade é o desconhecimento de qual das duas partes «sairá a ganhar», no cômputo resultante da comparação de prestações, sendo irrelevante se a matemática subjacente a essa incerteza lida com uma ou com duas variáveis. Com efeito, não é aleatório um contrato em que ambas as partes estão na dúvida quanto à sua prestação, e em que, atirando uma moeda ao ar, se sair caras, procederão à compra e venda de um cavalo, pelo preço justo e, saindo coroas, transaccionarão antes um leão, igualmente pelo preço justo. O desconhecimento que subjaz à álea própria de um contrato aleatório é relacional, afere-se apenas na relação entre as obrigações das partes.¹⁰⁵⁶

Diferente desta é a clássica distinção fundada num trecho da obra de POTHIER, entre os contratos aleatórios de risco unilateral e os contratos aleatórios de risco bilateral. Esta distinção pretende referir-se, precisamente, aos contratos aleatórios, como o seguro, relativos a um risco exógeno – que qualifica como um risco unilateral visto que é próprio

seguro, a reciprocidade que caracteriza o sinalagma ocorre entre riscos e expectativas, residindo o equilíbrio na circunstância de a prestação de valor inferior ser certa e ser incerta a prestação de valor superior.

1054 Já dizia ANTHERO, *Comentário CCom II*, p. 128, que «as prestações dos contratantes (*prémios e indemnizações*), que podem ser considerados como equivalentes, quando o contrato se conclui, por isso mesmo que as probabilidades do lucro e perda se balanceiam, podem, na execução final, ser muito desiguais. É a sorte que decide qual dos dois contratantes obterá vantagem ou terá prejuízo.» Veja-se o caso da *emptio spei*: arts. 880.º/2 e 881.º CC. Por exemplo: a compra e venda do resultado de uma pescaria. Cfr., sobre a *emptio spei*, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 101-126. O autor entendia que se tratava de um contrato comutativo, encontrando-se a correspondência no preço da esperança, que não seria afinal uma mera esperança, mas antes uma verdadeira expectativa jurídica, com um valor patrimonial actual, no sucesso da actividade do vendedor, que, por sua vez, substitui um lucro maior mais incerto por um lucro menor mas certo.

1055 MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 432; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, p. 209. Ambos os autores qualificam o contrato de seguro como um contrato unilateralmente aleatório. Cfr. ainda ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 371-372.

1056 Cfr., neste sentido, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 260-308; BOSELLI, *Obbligazioni Fondamentali*, pp. 596-597; e Alea, p. 474; e BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 455-457, que sublinhavam a bilateralidade como característica essencial da aleatoriedade. Entre nós, cfr. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 258-260. BOSELLI, *Obbligazioni Fondamentali*, pp. 599-600, referia-se ainda à clássica contraposição na doutrina francesa anterior à codificação, que contrapunha *l'achât d'une espérance* e *l'échange d'une espérance contre un'autre espérance*., assimilando as hipóteses, no fundo, e respectivamente, aos contratos de compra e venda e de permuta.

de uma das partes – e aos contratos aleatórios, como o jogo, que criam para ambas as partes um novo risco – como tal qualificado como um risco bilateral.¹⁰⁵⁷

Tanto a álea contratual «normal» quanto a álea específica dos contratos aleatórios dizem respeito à incerteza quanto ao resultado económico final dos contratos.¹⁰⁵⁸ Mas a primeira respeita a variações *de valor* de prestações, ou atribuições, que em tudo permanecem idênticas. Na alteração de circunstâncias, a questão é essencialmente a da exigibilidade ou inexigibilidade, num contexto novo, de prestações anteriormente fixadas, com ou sem regulação, explícita ou implícita, desse novo contexto.¹⁰⁵⁹ Já a álea específica dos contratos aleatórios faz parte do seu conteúdo: este inclui uma estipulação de *variabilidade* de algumas atribuições, *maxime* obrigações, em função de um facto de consequências distintas para tais atribuições. Muitas vezes, estabelece-se uma correlação negativa perfeita entre as variações em tais atribuições, que todavia não é necessária, visto que o importante, para que se trate de contratos aleatórios, é que não exista entre elas uma relação de correlação positiva, o que implica que o impacto desse facto se traduz numa alteração na relação de valor entre as atribuições.¹⁰⁶⁰ Em suma, a álea normal é *extrínseca* ao contrato enquanto a álea específica dos contratos aleatórios lhes é *intrínseca*.¹⁰⁶¹ Não

1057 POTHIER, *Jeu*, p. 297 (n.º 2). Note-se que as designações «risco unilateral» e «risco bilateral» são de origem posterior, embora a distinção entre estas duas espécies de contratos aleatórios já esteja presente em POTHIER. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 48 e 261-267, supunha que a doutrina francesa veria no art. 1104 CCfr apenas os contratos aleatórios de risco unilateral, enquanto que o art. 1964.º CCfr abrangeria ambas as espécies de contratos aleatórios, de risco unilateral e bilateral. Não é essa, todavia, a distinção mais imediata entre os preceitos. DUBUISSON, *Contrats Aléatoires*, p. 328, afirma, sobre ambos, que pretende apenas sublinhar-se, no último, que os contratos aleatórios podem dar azo a uma promessa incondicional e perfeitamente determinada de uma das partes, o que não altera em nada a natureza do contrato aleatório, nem a circunstância de a álea afectar sempre ambas as partes. Por isso prefere a definição proposta pelo primeiro.

1058 Cfr., sobre a distinção, a importante obra de GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 82-95; e ainda BOSELLI, *Alea*, pp. 471-473 e 475-476.

1059 Cfr. *infra* o texto junto à n. 1221. Tradicionalmente, a doutrina italiana exclui do âmbito de aplicação do regime da alteração de circunstâncias os contratos aleatórios, conforme resulta de uma interpretação literal dos respectivos preceitos de direito italiano. Não vejo que a solução se justifique. Os contratos aleatórios também têm uma álea normal e também são susceptíveis de variações inesperadas: pense-se no exemplo do agravamento do risco nos contratos de seguro. Nesse sentido, e propondo uma interpretação restritiva dos preceitos legais que determinam a inaplicabilidade, aos contratos aleatórios, dos regimes da *rescissione per lesione* (art. 1448/4 CCit) e da *risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* (art. 1469 CCit), cfr., por exemplo, BOSELLI, *Alea*, p. 475 (e as referências bibliográficas *infra* n. 1221).

1060 Cfr. GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 239-308. O autor notava a presença de uma «incerteza essencial derivada, não de eventos estranhos à dinâmica contratual e incidentes no valor económico das prestações, como acontece com a álea normal, mas de um evento contratualmente estipulado destinado a incidir directamente na relação contratual, realizando-se automaticamente, com a sua verificação, uma alteração jurídica nas posições jurídicas individuais» (p. 246).

1061 Neste sentido, também SCALFI, *Corrispettività*, p. 138.

basta a simples esperança de que o futuro traga um vento de feição: a esperança de que os negócios venham a comprovar-se bons negócios é comum à generalidade dos contratos. A álea específica dos contratos aleatórios traduz-se na aceitação de que, pelo próprio conteúdo dos contratos, um resultado futuro, ou o conhecimento futuro de um dado resultado, venha a determinar uma desproporção entre as prestações.¹⁰⁶²

Essa álea é estipulada. Resulta do texto contratual. E nem é necessário que as partes tenham uma intenção de arriscar. Se duas pessoas que discordam sobre a verdade ou falsidade de uma dada proposição resolverem apostar, estando ambas certas da sua razão, a sua percepção do risco é inexistente. E no entanto a aposta não deixa de ser um contrato aleatório: a álea foi estipulada pelas partes. Este desequilíbrio superveniente contratualmente previsto é em geral limitado a algo de muito específico – por exemplo, na hipótese mais simples, o facto de uma moeda que se atira ao ar cair em cima da mesa com a cara ou a coroa virada para cima – e não impede que se aplique, a tudo o mais, o regime da alteração de circunstâncias, na eventualidade superveniência de outras perturbações que o justifiquem.¹⁰⁶³ Grande parte do regime do contrato de seguro é demonstração desta realidade – vê-lo-emos mais adiante.¹⁰⁶⁴

Por tudo isto, não é de aceitar a subdivisão dos contratos onerosos em (i) contratos comutativos; e (ii) contratos aleatórios. Já se viu que também nestes últimos pode estipular-se uma relação de interdependência entre as atribuições das partes.¹⁰⁶⁵ Poder-se-ia então dizer que os contratos aleatórios corresponderiam a uma subespécie dos contratos comutativos, como parece resultar do art. 1964 CCfr. Mas ficar-se-ia então com uma expressão – contrato comutativo – de significado idêntico às expressões «contrato sinalagmático», no sentido amplo que defendo, ou «contrato de troca», também em sentido amplo. Ainda assim, essa expressão ficaria aquém do universo dos contratos onerosos, deixando de fora, para dar um exemplo entre muitos, o contrato de sociedade, pelo que nunca esta subdivisão poderia funcionar como uma subdivisão dicotómica e omnicompreensiva dos contratos onerosos. Se, pelo contrário, se optar por redefinir o

1062 Em sentido próximo, cfr. SCALFI, *Corrispettività*, p. 143.

1063 Mais uma vez se rejeita, por conseguinte, as afirmações da doutrina, e mesmo da lei italiana, de acordo com as quais os contratos aleatórios não gozariam de semelhante protecção. Cfr. *supra* n. 1053 e *infra* n. 1221.

1064 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1221.

1065 SCALFI, *Corrispettività*, pp. 166-167, sublinhava que os contratos aleatórios podiam ser sinalagmáticos ou não sinalagmáticos.

significado da expressão «contrato comutativo», com vista a que passe a corresponder-lhe apenas o de contrato sinalagmático não aleatório, correr-se-á sérios riscos de dar azo a confusões, em grande medida já existentes, e que se traduzem nas dúvidas criadas na doutrina reinante relativamente à natureza sinalagmática dos contratos aleatórios.¹⁰⁶⁶ Melhor será talvez abandonar o conceito, visto que, para além de tudo o mais, este não é usado uma única vez no nosso Código Civil.

Note-se, ainda, que a questão de saber se a aleatoriedade é exclusiva dos contratos onerosos ou se pode também abranger os gratuitos será uma questão meramente conceptual ou normativa, consoante os ordenamentos jurídicos, e que, no segundo caso, não pode ser assumida como um postulado sobre o qual se funda a construção da categoria.¹⁰⁶⁷ Em certo sentido, num contrato gratuito, também podem ser desconhecidas, no momento da celebração, as vantagens que dele emergirão para as partes. Pense-se no exemplo de uma doação condicional: se chover durante a tarde ofereço-te um guarda-chuva. Contudo, na doação condicional, bem como, de uma forma geral, nos restantes contratos gratuitos, não parece haver diferença prática entre a condição *stricto sensu*, que subordina *todo o contrato*, e a condição que subordina apenas *uma atribuição*, visto que é este o único efeito do contrato. Ora, os contratos condicionais (no seu todo) não são aleatórios.

A normatividade da questão resulta, para o ordenamento austríaco, do disposto no § 1267 ABGB.¹⁰⁶⁸ No nosso Código Civil, pelo contrário, a única referência à aleatoriedade

1066 Poder-se-ia ainda, eventualmente, utilizar o conceito no sentido estrito de contrato «plenamente equilibrado», o que quer que isso seja, como referindo-se a uma subcategoria dos contratos onerosos, composta unicamente pelos contratos em que se estipulou a absoluta equivalência entre as atribuições de ambas as partes, com base no sentido matemático da expressão «propriedade comutativa» de uma operação de multiplicação, cujo resultado é o mesmo, independentemente da ordem dos factores. O sentido seria ainda consentâneo com a noção de justiça comutativa, com raízes na justiça correctiva aristotélica, que pressupunha a equivalência na troca. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Livro V (1129a-1138b). Cfr. a análise de GORDLEY, *Foundations*, pp. 352-360.

1067 Afirmava a normatividade da categoria, em direito italiano, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 53, 65 e 267-282. Dava como exemplo a questão de saber se se admitia que uma companhia de seguros oferecesse «seguros» gratuitos durante um período inicial, por forma a atrair clientela, que dependia unicamente da opção do legislador, não se pondo necessariamente em causa a natureza aleatória do contrato, qualificação essa que também dependia, embora indirectamente, das opções tomadas pelo legislador. DONATI, *Trattato II*, p. 40, rejeitava a existência de «seguros» gratuitos. No mesmo sentido, para o direito alemão, MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 pp. 99 e 108 mm. 8 e 37. NICOLÒ, *Alea*, p. 1031, afirmava ser pacífico na doutrina italiana que os contratos aleatórios seriam necessariamente onerosos.

1068 O preceito dispõe que os contratos aleatórios são onerosos ou gratuitos, consoante os casos. Cfr. os §§ 1267-1292 ABGB (dedicados aos contratos aleatórios: *Glückverträgen*). Cfr. ainda, em Inglaterra, a

que não se enquadra por completo no domínio dos contratos onerosos está no art. 1466.º CC (utilidades aleatórias). Nesta sede também não se fala propriamente em contrato. De resto, a natureza aleatória de um contrato é referida uma única vez: no art. 881.º CC.¹⁰⁶⁹ Em Portugal, por conseguinte, a lei não contempla a existência de contratos aleatórios gratuitos e, mais do que isso, não atribui relevância normativa à categoria dos contratos aleatórios, que será antes, entre nós, uma categoria meramente doutrinária que, embora sem consequências de regime, ajuda a compreender e a expor certos fenómenos.¹⁰⁷⁰ Nesse sentido, não parece que seja de reter a contemplação da possibilidade de existência de contratos aleatórios gratuitos.¹⁰⁷¹⁻¹⁰⁷²

s. 6 do *Gambling Act* de 2005 (que inclui na definição de jogo a possibilidade de um contrato gratuito). GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 46, atribuiu a POTHIER a determinação da necessária onerosidade dos contratos aleatórios, que acabaria por influenciar as várias legislações europeias, com excepção da austríaca. Cfr. POTHIER, *Contrat d'Assurance*, p. 235 (n.º 1). Para o autor, o que definiria os contratos aleatórios seria a circunstância de o contributo de uma das partes ser «o preço de um risco» assumido pela respectiva contraparte.

1069 Cfr., todavia, a regulação dos contratos aleatórios nos arts. 1537.º a 1543.º CS. O art. 1537.º CS parecia abrir a porta à hipótese da existência de contratos aleatórios gratuitos. As justas críticas a que foram sujeitos estes preceitos estiveram, porventura, na origem da sua quase erradicação do actual CC (cfr. *supra* n. 1052).

1070 Em Espanha, LASARTE, *Contratos*, pp. 411-432, *maxime* pp. 411-414, referindo-se aos contratos aleatórios, observa que a sua definição, no art. 1790 CCes, goza de pouca aceitação na doutrina, e que o respectivo tratamento unitário carece actualmente de interesse prático, visto que desapareceu o instituto da *rescisión por lesión*, outrora de aplicação reservada aos contratos comutativos, por oposição aos aleatórios, sendo agora de aplicação geral o instituto estabelecido no art. 1291.º/1 e 2 CCes. BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado I*, p. 23, já dizia que uma prova da inutilidade da distinção entre contratos aleatórios e comutativos era a circunstância de o código alemão, entre outros, não conter disposições gerais sobre os primeiros. Cfr. *supra* n. 912.

1071 JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, p. 119, aborda a questão da natureza necessariamente onerosa dos negócios aleatórios. Afirma que, se for de aceitá-la, a fiança não poderá ser qualificada como um deles, e alvitra a possibilidade de uma categoria ampla de negócios aleatórios que inclua os negócios gratuitos como é, tendencialmente, a fiança. Entendo, todavia, como se verá mais à frente, que já temos outra designação para a categoria que reúne no seu seio os contratos aleatórios onerosos e gratuitos, por assim dizer, que é a categoria dos «contratos de risco». Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1114.

1072 De notar é ainda a posição de BIGOT, *Traité III*, pp. 55-56. Questionando-se sobre se o seguro, que qualifica como um contrato aleatório, será necessariamente um contrato oneroso, acaba por concluir que sim, mesmo nos casos em que o tomador não paga qualquer prémio em contrapartida da cobertura – como seria o caso de certas operações de promoção comercial apresentadas como gratuitas. Em seu entender, tratar-se-ia nestes casos de seguros sem prémio, mas não de seguros gratuitos, dado que o segurador não teria uma intenção de liberalidade mas antes uma intenção de penetração no mercado. Acrescenta que não pode haver «verdadeiramente» seguro sem prémio, e que, nestes casos, o segurador financia o seguro com a massa de provisões constituídas a partir dos prémios pagos pelos restantes tomadores, e não com os fundos próprios do segurador. O seu raciocínio não é, contudo, de aceitar. Não releva, para o efeito da qualificação de um contrato como gratuito ou oneroso, o modo como cada uma das partes se organiza para financiar o seu contributo no contrato. Em geral, as coisas não surgem por geração espontânea, pelo que de algum lado terão de vir os recursos para as custear. Nem por isso deixarão de ser gratuitamente atribuídas, sempre que, na relação de atribuição concretamente analisada, não se encontrar um sacrifício correlativo em quem delas retirará vantagem.

5.2.2. Avaliação da álea

Passemos ao problema da avaliação da álea própria dos contratos aleatórios. Já vimos que sempre foi mais imediata, para os juristas, a avaliação *ex post*, de que resulta a conclusão da existência de um certo desequilíbrio entre as prestações de ambas as partes.¹⁰⁷³ No contrato de seguro, finda a sua vigência, saber-se-á se houve lugar ao pagamento de uma indemnização, caso em que, muito frequentemente, os montantes desembolsados pelo segurador excederão em muito os dispendidos pelo tomador, ou se nenhuma indemnização foi paga, caso em que o segurador se terá limitado a arrecadar, sem que qualquer contrapartida pecuniária tenha sido por ele paga. Se, pelo contrário, o contrato de seguro for daqueles em que ambas as partes terão algo a pagar, como no seguro de vida inteira, saber-se-á então, a final, qual das duas suportou maior despesa. Mas sabemos hoje que essa avaliação *ex post* não é a única que pode – ou deve – ser feita. Se quisermos quantificar a proporção, a razão de troca resultante do contrato, designadamente para o efeito de um controlo material do seu conteúdo,¹⁰⁷⁴ ou para a aferição da necessidade de eventuais correctivos em virtude da ocorrência de perturbações supervenientes,¹⁰⁷⁵ a nossa avaliação terá de ser feita *ex ante*, analisando as atribuições que foram objecto da troca, ou as atribuições como se encontravam em determinado momento da vida do contrato. A necessidade de uma avaliação *ex ante* não significa que esta deva reportar-se, em todos os casos, à data da celebração do contrato. Por vezes, num contrato de seguro, a avaliação deve ter por base o *status quo* imediatamente anterior a uma determinada ocorrência, determinante, por exemplo, do agravamento do risco, e não o *status quo* existente à data de celebração do contrato.¹⁰⁷⁶ Seja como for, esta avaliação *ex ante*, actualmente, já não deve constituir uma dificuldade.

«Mais genericamente, a ciência das probabilidades permite examinar os contratos aleatórios sob uma nova perspectiva. Se o acaso responde a leis, é possível atribuir um valor económico à oportunidade de ganho ou de

1073 Aponta-o BOSELLI, *Obbligazioni Fondamentali*, p. 599.

1074 Designadamente, para o efeito da sua eventual qualificação como usurário. Cfr. art. 282.º CC.

1075 Casos mais comuns no contrato de seguro, e dele específicos, são as matérias da alteração do risco (arts. 91.º a 94.º LCS). Fora dos seguros, os problemas mais notórios são os da redução da contraprestação em resultado de cumprimento parcial (cfr. os arts. 793.º e 802.º CC) ou defeituoso (cf., *v.g.*, os arts. 911.º e 1222.º CC).

1076 Para um exemplo não relacionado com o contrato de seguro, cfr. o disposto no art. 50.º CCVI (em que a data relevante, para o efeito da redução do preço, é a da entrega da coisa).

perda que se situa no centro destes contratos. O contrato aleatório já não é o salto para o desconhecido que influenciou a redacção de muitos artigos do Código Civil.»¹⁰⁷⁷

Já tivemos ocasião de examinar, na análise das várias características do risco de seguro, uma fórmula que nos é dada pela ciência económica para a sua avaliação. Tal fórmula, que se resume à multiplicação da probabilidade de ocorrência de um dado resultado pela magnitude das suas consequências, dá-nos o valor que se designa por esperança matemática.¹⁰⁷⁸ Há quem defenda que também a ciência jurídica deverá recorrer a esta fórmula para a avaliação de um risco ou, mais genericamente, de uma qualquer possibilidade juridicamente relevante.¹⁰⁷⁹ As contas são mais fáceis em casos de tudo ou nada, mas também já foram sendo adoptadas pelos juristas em casos mais complicados, com diversos resultados possíveis e com diversos graus de probabilidade, sobretudo nos EUA. Dá-se um exemplo de escola: num hospital existem 99 doentes, cada um deles com 33% de hipóteses de sobrevivência. Todos acabam por morrer, na sequência de uma intervenção médica negligente. Decide-se atribuir aos seus familiares, em todos os casos, 33% do valor da indemnização que receberiam se tivessem demonstrado a relação de causalidade entre a negligência médica e a morte.¹⁰⁸⁰ Sustentam os críticos que todos eles recebem o valor errado, porque na verdade uns teriam sobrevivido e outros não, o que significa que uns deveriam receber tudo e os outros nada. Responde-se que não se trata de uma decisão errada, mas de uma decisão que toma em consideração a dúvida quanto ao processo causal.¹⁰⁸¹ É uma decisão numa situação de incerteza. Que dá azo a «erros» de menor dimensão do que a regra do tudo ou nada em torno dos 50% (de convencimento).¹⁰⁸²

1077 DUBUISSON, *Contrats Aléatoires*, p. 327. Cfr. ainda p. 329. O autor observa que o cálculo das probabilidades permitiria a celebração de contratos aleatórios com «uma comutatividade razoável».

1078 Cfr. *supra* o texto junto à n. 266.

1079 É o caso de MÄSCH, *Chance und Schaden*, pp. 320-359, *maxime* p. 325 (*der Erwartungswert als Wert der Chance*). No domínio dos seguros, JÜRGEN PRÖLSS, *Treuhänder*, pp. 491-495, observa que, porque o tomador nem sempre recebe a prestação, sendo certo o pagamento do prémio, o montante da prestação não deve contrapor-se ao montante do prémio, devendo antes contrapor-se a este último o valor da esperança matemática do primeiro.

1080 Ver um exemplo semelhante em JÚLIO GOMES, *Perda de Chance*, pp. 46-47.

1081 Trata-se de uma solução substantiva específica, um mecanismo alternativo ao ónus da prova. Podemos encontrar um outro exemplo de solução salomónica no art. 1354.º/1 CC. Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Ónus da Prova*, p. 99.

1082 MÄSCH, *Chance und Schaden*, pp. 356-359.

Neste raciocínio temos um bom exemplo do encobrimento, sob a fachada unitária da chamada perda de chance, de «questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e o plano da causalidade».¹⁰⁸³ Não cabe no âmbito deste estudo o tratamento do tema da causalidade. A questão foi chamada à colação por ser ilustrativa do terreno que tem vindo a conquistar, na ciência jurídica, a ideia de que também o jurista deve partir da esperança matemática para a avaliação jurídica de uma possibilidade – ou antes para a avaliação de uma possibilidade juridicamente relevante (a avaliação não tem necessariamente de se qualificar como jurídica).

Há que ter em atenção, contudo, que para a ciência do direito, tal como para a economia, nem sempre o risco deverá ser avaliado com base no conceito de esperança matemática. É essa uma das principais teses de HENSSLER.¹⁰⁸⁴ O seu ponto de partida é o de que, nos contratos de troca, deve ser possível encontrar um preço, um valor de troca para a assunção de um risco por uma das partes, e poderá eventualmente encontrar-se esse valor na esperança matemática desse risco. Tem, no entanto, consciência de que, nos idos do séc. XVII, BERNOULLI apontara que o importante não era a esperança matemática mas sim a «esperança moral», ou seja, a (des)utilidade subjectiva do risco para o respectivo sujeito.¹⁰⁸⁵ Já no séc. XX, v. NEUMANN e MORGENSTERN desenvolveram a ideia de que o que importa é a utilidade esperada (*expected utility*) e não a esperança matemática (*expected value*) da vitória num dado jogo.¹⁰⁸⁶ Houve posteriormente variadas tentativas de medição da utilidade subjectiva. Estes e outros estudos constituíram amplas provas de que a esperança matemática não será sempre o valor mais apropriado para funcionar como parâmetro da avaliação da assunção contratual do risco, designadamente, nas operações de aferição da proporção entre as prestações (ou outras atribuições). Também o jurista terá, por conseguinte, de determinar, em cada caso, que medida será relevante para a concreta função a desempenhar pela sua avaliação, não devendo limitar-se a adoptar, acriticamente, a esperança matemática, simultaneamente, como ponto de partida e de chegada da sua análise. Regressemos à questão da avaliação da suportação de um risco enquanto atribuição característica de uma das partes num contrato de troca.

1083 JÚLIO GOMES, *Perda de Chance*, p. 25.

1084 HENSSLER, *Risiko*, pp. 124-128 e 238-246.

1085 Cfr. BERNSTEIN, *Against the Gods*, pp. 99-115.

1086 Cfr. BERNSTEIN, *Against the Gods*, pp. 232-246.

HENSSLER acaba por distinguir os riscos de probabilidade média ou elevada e os riscos de probabilidade reduzida. Conclui que, no primeiro caso, o risco pode ser medido em função da esperança matemática, mas, no segundo, distingue consoante funcione ou não a lei dos grandes números, por só em caso afirmativo entender que a (des)utilidade do risco se aproxima da sua esperança matemática. Quando a lei dos grandes números não é utilizável, e tratando-se de um risco de perda, o mais relevante será o valor de mercado que teria o prémio do seguro que pudesse ser celebrado contra o risco em causa. Isto para todos os contratos, e não apenas os de seguro, embora o raciocínio também se aplique aos de seguro.

O contrato de seguro oferece-nos um campo particularmente elucidativo de que nem sempre deverá recorrer-se à mesma bitola para a avaliação de um risco, sendo um exemplo de escola da possibilidade de avaliação distinta de um mesmo risco por cada uma das partes num único contrato: o segurador, sujeito neutro perante o risco, dado que faz uso da lei dos grandes números, pode avaliar a suportação do risco de seguro pelo valor correspondente à sua esperança matemática. Pelo contrário, para o tomador, sujeito tipicamente avesso ao risco,¹⁰⁸⁷ a cobertura terá um valor-utilidade pelo menos idêntico ao do respectivo prémio de seguro. Este último aproximar-se-á do respectivo valor de mercado.¹⁰⁸⁸ A situação poderá complicar-se ainda mais com o desdobramento da figura do tomador-segurado para um ou mais terceiros-segurados. Perante isto, facilmente se perceberá que não pode dizer-se que cada risco tenha ou deva ter para o direito um único valor. Haverá sempre que perguntar para que efeito se pretende medi-lo – no que esta realidade não é diversa da de outros bens passíveis de troca.

5.2.3. Os contratos de risco

Em Portugal, o tema das «funções económico-sociais» dos contratos ou, mais amplamente, dos negócios jurídicos, recebeu especial atenção de FERREIRA DE ALMEIDA.¹⁰⁸⁹ Caracterizando o que designa por «constituição sintagmática do negócio jurídico», o autor defende que este tem uma «finalidade metajurídica, fundamental e global», «exterior à sua

1087 O tomador só não terá de ser avesso ao risco, numa perspectiva estritamente económica da sua decisão de contratar, nos casos em que o seguro é obrigatório ou em que é instrumental à obtenção de um outro bem. Neste sentido, STEELE, *Risks*, p. 27.

1088 Cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 124-128 e 238-246.

1089 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto, maxime* pp. 496-472; e *Função*, pp. 57-80.

configuração jurídica»: a «função económico-social».¹⁰⁹⁰ Em seguida, analisando a «variação paradigmática do negócio jurídico», sustenta que, nos negócios jurídicos patrimoniais, as funções económico-sociais se resumiriam a quatro modalidades nucleares: «liberalidade», «troca», «cooperação» e «garantia».¹⁰⁹¹ Mais recentemente, o autor vem a substituir a (designação da) função de garantia por uma função de risco e a acrescentar-lhes uma quinta: a função de reestruturação.¹⁰⁹²

O autor entende que os negócios de imputação de risco, ou negócios de risco, seriam os negócios jurídicos cuja função corresponde à imputação de um risco previsto no próprio texto negocial – seja ele exógeno ou endógeno ao contrato – e que deriva da incerteza acerca da verificação, não verificação e/ou incerteza quanto ao momento ou ao modo de verificação de um evento futuro, quanto à ocorrência ou quanto ao conhecimento dessa ocorrência.¹⁰⁹³ O autor caracteriza a função de risco: (i) pela unilateralidade na relação

1090 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 344 e 496. Sobre a «função económico-social» em geral, cfr. pp. 496-547. Cfr. ainda *Função*, pp. 57-80. Sobre o tema, cfr. ainda, recentemente, PEREIRA COELHO, *Causa*, pp. 423-457. O conceito de «função económico-social» não é um conceito pacífico na doutrina. Cfr. *infra* n. 1091. Este não é o local apropriado para uma análise aprofundada dessa matéria, ou da matéria, que lhe é próxima, do conceito, com grande tradição italiana, a que se chamou a «causa» dos negócios jurídicos. Na sua formulação objectivista, esta seria precisamente a «função económico-social típica dos negócios jurídicos». Cfr. BETTI, *Negoziò*, p. 183. Sobre a «causa» e a sua relação com esta «função económico-social», cfr. o próprio FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 500-514. Sobre a «causa» nos negócios jurídicos, cfr. ainda I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, pp. 287-310; e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria III*, pp. 265-274, para quem a causa seria «o para quê» dos negócios jurídicos (p. 270). O conceito nunca foi universalmente aceite entre nós. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, pp. 347-349, já o considerava «um conceito dispensável». Cfr. as duras críticas apontadas às várias doutrinas causalistas por MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 507-527, para quem a «causa» dos negócios jurídicos não tem lugar no direito civil contemporâneo. Ao contrário do que acontece em Itália, o conceito não consta do nosso CC.

1091 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 387-402, *maxime* p. 388. Cfr. ainda p. 520. Veja-se PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 28-33 (texto correspondente à al. f). Os autores fazem uma análise crítica da função económico-social de troca, que em seu entender corresponderia ao sinalagma, o qual, dando embora unidade e sentido de conjunto à relação atributiva, tem um carácter puramente normativo, interno ao negócio e livre. É uma estipulação das partes, não dando ao contrato um qualquer sentido para além desse mesmo conjunto, com a sua lógica interna, estritamente jurídica. Defendem a implausibilidade de uma função económico-social comum a todos os sinalagmas, dando exemplos de contratos sinalagmáticos cujo sentido, na economia e na sociedade, é profundamente heterogéneo, e apontam como incongruentes as afirmações de que cada função económico-social seria simultaneamente típica e omnipresente nos contratos a que respeita.

1092 FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, pp. 77-80.

1093 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 537-539, *maxime* p. 537 n. 219. O autor inspira-se em JOSEF ESSER. Veja-se ESSER, *Schuldrecht*, pp. 695-709; e, mais recentemente, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht II-I*, pp. 383-394. Os autores tratam aquilo que designam por «negócios de risco» (*Risikogeschäfte*). Dividem-nos em dois subcapítulos: um primeiro dedicado aos contratos de seguro e de renda vitalícia (§ 44) e um outro sobre os «contratos de aproveitamento do acaso» (§ 45). Dentro destes últimos, incluem o jogo, mas também os contratos diferenciais (*Differenzgeschäft*) e as opções (*Börsentermingeschäft*). Só neste segundo subcapítulo se referem ao regime dos *Glücksverträge* que o § 762 BGB trataria conjuntamente sob a denominação «jogo e aposta» (*Spiel und Wette*). Usam, por conseguinte, este

custo/benefício e unidade de objecto e (ii) pela divergência de finalidades das partes.¹⁰⁹⁴ A unilateralidade na relação custo/benefício significa que, nestes negócios, apenas uma parte tem um custo e a outra um benefício. Os negócios de imputação de risco subdividir-se-iam em negócios jurídicos de garantia e negócios jurídicos aleatórios.¹⁰⁹⁵ Começarei pela análise da categoria, mais ampla, dos negócios de risco e guardarei para mais adiante o exame da categoria dos negócios de garantia ou, na denominação preferida por outros autores, dos negócios de previdência.

FERREIRA DE ALMEIDA sustenta que o critério da unilateralidade ou bilateralidade da relação entre o custo e o benefício «equivale *grosso modo* ao critério em que assenta a distinção clássica entre negócios onerosos e negócios gratuitos».¹⁰⁹⁶ Todavia, é necessário ter em conta que a qualificação de um negócio como oneroso ou gratuito se faz avaliando a atribuição ou atribuições em causa numa perspectiva *ex ante*, enquanto que a sua própria classificação aparentaria decorrer, pelo menos à primeira vista, de uma visão *ex post* do negócio. Exemplificando: numa simples aposta acerca do resultado de um referendo, sabe-se que quem perde, paga, e quem ganha, recebe. A visão *ex post* diz-nos que estamos perante um único fluxo de custo e benefício. No entanto, a aposta é um negócio oneroso, na medida em que, aquando da sua celebração, ambas as partes se vincularam a pagar em caso de derrota, constituindo a sua mútua vinculação uma atribuição à contraparte.

termo, não com o sentido que damos aos contratos aleatórios, mas com um sentido, mais restrito, semelhante ao usado, na sua senda, pelo próprio FERREIRA DE ALMEIDA (cfr. *supra* n. 1032). ESSER e WEYERS observam que, nestes últimos, o risco não é um elemento indesejado que se pretende neutralizar, como no contrato de seguro, mas antes o verdadeiro motivo da actividade. No nosso ordenamento jurídico, também são aleatórios os contratos diferenciais. Cfr. o art. 2.º/1/d) CVM. Destes fazem parte, nomeadamente, alguns futuros e opções. Note-se que o termo «opção» tem aqui um significado específico, próprio do mercado financeiro de derivados, em que se celebram contratos de bolsa a prazo. Mas inclui, na modalidade que não tem a natureza de um contrato diferencial, uma espécie do género correspondente ao tipo contrato de opção. Sobre o contrato de opção, veja-se, entre nós, *Contrato de Opção* de SOARES DA FONSECA. Sobre os contratos de futuros e opções veja-se AMADEU FERREIRA, *Futuros e Opções*, pp. 121-188; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos de Troca*, pp. 216-224. O último autor distingue a função de troca dos futuros e opções que não correspondam a contratos diferenciais e a função de risco dos futuros e opções que têm a natureza de contratos diferenciais. Aplicam-se a esta distinção as críticas que farei à colocação, no mesmo plano, excluindo-se mutuamente, das categorias dos contratos de troca e de risco.

1094 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 520 e 559-560; e *Função*, pp. 79-80.

1095 Sobre esta acepção de negócios jurídicos aleatórios, cfr. *supra* n. 1032. Nesta acepção, mais restrita do que a por mim utilizada, os negócios jurídicos aleatórios circunscrevem-se essencialmente ao domínio do jogo. Dada a escassa importância destes últimos, e a sua tendencial proibição e invalidade, o autor simplificara inicialmente função negocial básica, reduzindo-a à função de garantia a que, rigorosamente, fazia já corresponder uma mais genérica função de imputação de risco, função cuja denominação vem posteriormente a recuperar. Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, pp. 79-80.

1096 FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, p. 79.

Temos, portanto, dois fluxos cruzados de custo e benefício. Uma alternativa de compreensão do pensamento de FERREIRA DE ALMEIDA é a de que o autor contempla, neste ponto, não uma análise póstuma do negócio, mas o caso paradigmático da fiança, habitualmente um negócio gratuito. Parece que assim é, visto que reconhece ao seguro, noutro ponto, uma dualidade de objectos e uma bilateralidade na relação entre custo e benefício, não obstante a caracterização acima referida dos traços distintivos dos negócios de risco.¹⁰⁹⁷ Dado que esta característica é partilhada por outros negócios de risco, como será o caso da aposta no exemplo ainda agora dado, não posso concordar com uma caracterização da categoria por via do recurso a um – em rigor a dois – qualificativos que apenas se aplicam a uma parte, não especialmente significativa, do todo que se pretende abranger. Resta-nos, para caracterizar os negócios de risco como um todo, na construção do autor, a característica da divergência de finalidades das partes, que, se nos permitiria distingui-la das categorias dos negócios de liberalidade ou de cooperação, nos deixa sem critério para a sua distinção dos negócios de troca e de reestruturação.

Por outro lado, julgo que o problema principal desta esquematização está na contraposição, pelo autor, como se se tratasse de elementos de uma única classificação, de categorias resultantes de critérios de delimitação distintos: as funções de liberalidade, troca, cooperação e risco, e mais recentemente a função de reestruturação. Salvo melhor opinião, se a troca se opõe à liberalidade ou à cooperação, não existe uma tal relação de oposição entre troca e risco, ou entre troca e garantia. Já o pressupusera BOETIUS, na sua obra sobre o contrato de garantia autónoma, em que classifica este contrato, juntamente com o seguro e a fiança, na categoria dos contratos de previdência. O autor não coloca em alternativa a finalidade de previdência e a finalidade de troca. Muito pelo contrário, qualifica o contrato de seguro (i) como um contrato sinalagmático ou de troca; e (ii)

¹⁰⁹⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 407, 559 n. 279, 561 e 564. O autor sustenta que, se o objecto for duplo, como no seguro com função de garantia, há uma função mista (garantia + troca). Afirma que, «[q]uando a obrigação de garantia tenha como contrapartida uma remuneração, não há, apesar de tudo, descaracterização da função, mas apenas uma mescla com elementos próprios da função-troca que àquela se aditam, sem a desvirtuar» (p. 564). Cfr. ainda *infra* a n. 1106.

como um contrato de previdência.¹⁰⁹⁸ E é aliás na sua natureza sinalagmática que encontra a sua principal diferença relativamente ao contrato de garantia autónoma.¹⁰⁹⁹

FERREIRA DE ALMEIDA, em escrito recente, esclarece que as suas funções económico-sociais se referem à estrutura do contrato (ou, mais amplamente, do negócio jurídico).¹¹⁰⁰ Ora, se as categorias da liberalidade, da troca e da cooperação se referem, na essência, à estrutura do contrato, o mesmo não parece que possa dizer-se acerca das restantes duas.¹¹⁰¹ Podemos representar graficamente os contratos de liberalidade com uma única seta, na horizontal, direccionada de uma para a outra parte; os contratos de troca representam-se com duas setas de sentido cruzado, na horizontal, direccionadas de uma para a outra parte; por fim, os contratos de cooperação podem representar-se com duas setas, inicialmente na horizontal e de sentido cruzado, mas no final de sentido vertical e paralelas uma à outra, formando uma espécie de vulcão, símbolo da contribuição de ambas para um fim comum.¹¹⁰² Esta classificação permite-nos apreender facilmente parte da distinção entre o domínio da onerosidade e o domínio do sinalagma: este último compreende unicamente os casos de setas cruzadas, ou seja, os casos de *quid pro quo*; o primeiro acrescenta a esses, desde logo, os casos de setas que tendem para o paralelismo, ou seja, os casos em que as partes contratam, não para assegurar a atribuição do outro, mas para assegurar o resultado final correspondente ao conjunto das atribuições, não se podendo dizer que, nesse resultado, cada parte procura mais o contributo da outro do que o seu próprio contributo. Também acrescenta aos primeiros os casos em que as setas se cruzam mas sem representarem um *quid pro quo*: são os casos, como os da doação com

1098 BOETIUS, *Garantievertrag* (1966), pp. 31-32 e 51-54. O autor sustenta que todos os contratos sinalagmáticos têm como causa uma finalidade de troca (*Austauschzweck*). Dá como exemplos de contratos sinalagmáticos, além dos mais inequívocos, também o contrato de seguro.

1099 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1135.

1100 FERREIRA DE ALMEIDA, *Função* (título).

1101 No que respeita à liberalidade, veja-se ainda o que disse, quando fiz notar que o campo de aplicação da gratuidade é, em rigor, o da atribuição e não tanto o do negócio jurídico. Cfr. *supra* n. 1074. Na medida em que se caracteriza um negócio como gratuito, admito, todavia, embora o assunto mereça um aprofundamento que aqui não cabe dar-lhe, poder afirmar-se que a sua qualificação como gratuito respeita à sua estrutura. E julgo poder concluir que a natureza gratuita coincide com a função de liberalidade de FERREIRA DE ALMEIDA.

1102 Temos ainda a categoria dos negócios parciários, que, pertencentes aos negócios de troca, teriam um elemento de comunhão de interesses que os aproximaria dos de cooperação. Cfr. *supra* n. 866. Note-se que se utiliza por vezes com outro sentido a expressão «contratos de cooperação». Cfr., por exemplo, JANUÁRIO GOMES, *Mandato*, pp. 89-90, para quem os contratos de cooperação – por vezes designados contratos de dependência – seriam aqueles que um dado sujeito celebra por não poder ou não querer atingir sozinho o resultado por si visado.

encargos, ou de alguns contratos biobrigacionais, em que existem atribuições de parte a parte, que no entanto não correspondem à contrapartida uma da outra, pelo que não podem qualificar-se como contratos sinalagmáticos, ou de troca.

A inclusão das últimas duas categorias no seio desta classificação parece-me forçada. Pense-se, por exemplo, na transacção e no compromisso arbitral, exemplos de negócios de reestruturação dados por FERREIRA DE ALMEIDA.¹¹⁰³ Nada na sua estrutura nos diz que são negócios de reestruturação. Não se trata, como nos casos anteriores, de identificar o especial vínculo estrutural que liga as atribuições umas às outras, ou que determina a sua falta de ligação a outras. Inutilmente nos esforçamos por imaginar com que setas representáramos graficamente esta categoria de contratos. Só sabemos que se trata de uma reestruturação porque juntamos aos elementos estruturais outros elementos, relativos ao conteúdo de cada uma das atribuições, de que retiramos uma pretensão de regular relações distintas. Na verdade, no caso da transacção, a própria letra da lei nos aponta, no mínimo, para a possibilidade de existência de uma troca, na referência às «recíprocas concessões». A natureza sinalagmática da transacção é afirmada por alguma doutrina.¹¹⁰⁴ Todavia, o que caracteriza a transacção é a circunstância de esta terminar ou prevenir um litígio, podendo as tais «concessões» consistir, consoante as circunstâncias de facto que rodeiem o litígio, nas mais variadas atribuições de parte a parte, desde que acompanhadas do efeito que as caracteriza, ou seja, do efeito de terminar ou prevenir um litígio, nem sempre podendo afirmar-se a natureza sinalagmática de uma transacção. Concebe-se, designadamente, que uma transacção tenha a estrutura de um contrato de cooperação. Já o compromisso arbitral parece corresponder, na generalidade dos casos, a um contrato de cooperação.

Passando aos negócios de risco, também verificamos que esta categoria não se refere à estrutura do contrato, mas antes ao conteúdo de uma ou mais atribuições. Mais concretamente, refere-se à circunstância de uma ou mais dessas atribuições consistirem na assunção de um risco, quer este tenha uma origem exógena ou endógena ao contrato, e quer a álea daí resultante seja partilhada por ambas as partes, no caso dos contratos onerosos, ou se limite à esfera de uma das partes, no caso dos gratuitos. O mesmo é dizer

¹¹⁰³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Função*, p. 80.

¹¹⁰⁴ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. II*, p. 930.

que a categoria dos contratos de risco abrange a categoria dos contratos aleatórios, mas ultrapassa-a, incluindo ainda no seu seio os contratos gratuitos que envolvam a assunção de um risco por parte do autor da liberalidade.

Dada a natureza distinta do critério que subjaz à delimitação, por um lado, das categorias da liberalidade, da troca e da cooperação – que se definem e delimitam mutuamente em função dos critérios avançados pelo autor – e, por outro lado, das categorias da reestruturação e do risco – que já não se definem nem delimitam mutuamente em função de tais critérios – não admira que o mesmo contrato possa ser qualificado, em simultâneo, numa categoria pertencente ao primeiro grupo e noutra pertencente ao segundo, sem que isso lhe dê algum carácter misto, o mesmo não se passando com as várias categorias do primeiro grupo, que são mutuamente exclusivas.¹¹⁰⁵

Centremo-nos no exemplo do contrato de seguro. FERREIRA DE ALMEIDA, analisando o «enquadramento funcional» do contrato de seguro, conclui que o contrato de seguro não seria um tipo negocial simples, mas antes uma categoria tão geral como a de operação bancária, que abrangeria mais do que um tipo, tendo todos em comum a natureza de uma das partes (segurador) e o modo de cálculo da prestação da outra (o prémio a pagar pelo segurado). Só uma parte desses seguros se unificaria pela «função económico-social de garantia», sendo os restantes os seguros de capitalização ou de poupança.¹¹⁰⁶ O autor sustenta que nos primeiros, que são os que ora nos ocupam, como há bilateralidade na relação entre custo e benefício e dualidade de objecto, existe uma «função de garantia, complementada com um elemento de troca» – o prémio – sempre que a «finalidade global e típica» do contrato se dirija a compensar pecuniariamente a perda ou a desvalorização de um bem – coisa ou crédito – ou a frustração de uma expectativa, e que há uma «função mista de troca, matizada com um elemento aleatório», sempre que o pagamento de prémios pelo segurado tenha como contrapartida o direito atribuído ao

1105 Julgo, por conseguinte, que FERREIRA DE ALMEIDA não tem razão na afirmação parcialmente citada *supra* na n. 1097. Como nota PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 222-226, os contratos mistos não correspondem a uma mistura de características próprias de mais de um tipo contratual, mas sim a formas de transição, situadas numa zona intermédia entre dois ou mais tipos contratuais. Essa perspectiva não se adequa à análise que ora se faz, na medida em que as categorias da liberalidade, da troca e da cooperação, por um lado, e as categorias da reestruturação e do risco, por outro, não podem arrumar-se em pólos opostos de séries bipolares ou pluripolares, não sendo adequado um discurso identificador de conteúdos ou posicionamentos intermédios.

1106 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 565-570.

beneficiário de perceber um determinado capital ou uma renda, sendo imprevisível o montante exacto a pagar pelo segurador e/ou o montante ou o tempo do pagamento pelo segurador.

Entendo que não há aqui uma categoria mista, visto que o seguro é tanto (integralmente) um contrato de troca quanto um contrato de garantia, e não algo a meio caminho entre as duas categorias. Ao contrário do que se passa, por exemplo, na compra e venda mista com doação, nenhuma parte de um contrato deixa de ser de troca para se aproximar da garantia, e nenhuma parte se afasta de uma pura garantia para se aproximar de uma troca pura. Tão-pouco oponho à troca a natureza aleatória do contrato, presente em todos e não apenas nalguns contratos de seguro, no sentido amplo em que utilizo o conceito, e ausente de todos os contratos (verdadeiramente) de seguro, no sentido estrito em que o conceito é utilizado pelo autor. Em suma, o seguro reúne as noções de (i) troca; (i) álea; e (iii) garantia. Nenhuma delas matiza as demais, visto não se tratar de conceitos alternativos, graficamente expostos num esquema de polaridade, mas antes de conceitos paralelos, cuja sobreposição é plenamente admitida. Não há aqui polaridade ou outro modo de identificação de tipos: há categorias absolutamente ortogonais.

Já vimos acima que, no caso do seguro, dos marcadores alocados pelo autor aos negócios de risco, nos restaria o da divergência de finalidades das partes. E já vimos também que este facto nos deixa sem critério para a sua delimitação dos negócios de troca. Entendo, como disse, que nos deixa sem critério porque não existe delimitação alguma entre ambas as categorias, que se cruzam.

Falando em divergência de finalidades, a verdade é que não é certo que a haja por completo, no caso do contrato de seguro, visto que, como salientam alguns autores, na generalidade dos casos há uma importante zona de comunhão de interesses entre as partes num contrato de seguro, dado nenhuma delas ter interesse na ocorrência do sinistro (o mesmo se passando com a fiança).¹¹⁰⁷ No seguro, é aliás pensável um contrato

1107 ASCARELLI, *Elisir*, p. 1152, sustentava que a teoria do interesse se destinava precisamente a «garantir a presença de uma comunhão de interesses entre segurador e segurado»: exigir-se-ia que o sinistro fosse indesejado por ambos, ambos tendo interesse em evitá-lo e em minimizar as consequências da sua ocorrência. Cfr. ainda BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 450-452; e *Contratto di Assicurazione*, pp. 457-459 e 467-468. Para este autor, o tomador pagaria o prémio na esperança de que fosse a fundo perdido. O que o segurador forneceria seria segurança, e não a prestação eventual, havendo uma certa comunhão de interesses entre ambos, na medida em que nenhum deles desejaria a verificação do

em que ambas as partes colaborem activamente para reduzir a probabilidade de ocorrência do sinistro, inclusive porque se houver franquia ambas pagam, para além de que o sinistro não é, na maioria dos casos, uma ocorrência vista com bons olhos. Pense-se num seguro de incêndio em que o segurador aconselha os melhores procedimentos de prevenção e o segurado segue o seu conselho. Pode até haver linhas telefónicas de apoio ao segurado respondendo a dúvidas sobre a prevenção. E não seria estranho que, por exemplo, o segurador incentivasse a pessoa segura, num seguro de saúde de longa duração, a ir regularmente ao médico, a expensas do segurador, é claro, para diminuir a probabilidade de diagnóstico tardio de problemas graves. Se, após a ocorrência do sinistro, podemos dizer que o que uma das partes desembolsa corresponde ao ganho da outra, a verdade é que antes da ocorrência do sinistro os interesses de ambas são frequentemente coincidentes: evitar a sua ocorrência. Por último, veja-se o elemento de parciariedade nos contratos de seguro em que há participação nos resultados.¹¹⁰⁸ Mas é claro que, não obstante estes elementos de comunhão de interesses, existe uma contraposição de interesses nas atribuições que formam o sinalagma: o pagamento do prémio e a cobertura.

Multiplicam-se os exemplos de contratos de risco que são, simultaneamente, contratos de troca, de liberalidade ou de cooperação. O típico contrato de seguro é um contrato de troca, um contrato sinalagmático. Julgo já o ter demonstrado.¹¹⁰⁹ Há depois, nalguns deles, um elemento de cooperação na fase anterior ao sinistro. Pense-se agora nos seguros mútuos, em que um grupo de pessoas sujeitas aos mesmos riscos resolve suportá-los em comum, proporcionalmente ao seu interesse, repartindo o prejuízo por todo o grupo, e sendo assim, ao mesmo tempo, seguradores e segurados.¹¹¹⁰ É certo que este contrato é diverso do contrato de seguro tal como o defini, mas o que aqui interessa

sinistro. No contrato de seguro não haveria uma transferência real do risco, mas apenas a assunção da obrigação de ressarcimento dos danos causados pelo eventual sinistro. As consequências da verificação do sinistro sentir-se-iam sempre e em primeiro lugar na esfera jurídica do segurado, pelo que a possibilidade de ocorrência do sinistro não se tornaria – não deveria tornar-se – indiferente ao segurado. Cfr. ainda a frase lapidar de D. R. JACQUES, (1849) 16 *Hunt's Merchant Magazine & Commercial Review* 152, p. 153, citado em BAKER, *ILP*, p. 8: «Os atingidos verificam que o seu dinheiro foi bem gasto e só os afortunados se separam dele para nada.» Sabemos que estas afirmações não podem aplicar-se a todos os seguros. Basta pensar nos seguros de natalidade e de nupcialidade. Em todo o caso, não faria qualquer sentido aplicar ao contrato de seguro, no que respeita à verificação do sinistro, o regime das condições (art. 272.º CC).

1108 BASEDOW, *KLV*, pp. 419-455. Cfr. *supra* o texto junto à n. 866. Cfr. o disposto no art. 205.º LCS.

1109 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 909.

1110 Sobre os seguros mútuos, veja-se, entre nós, *Seguros Mútuos* de EMÍDIO DA SILVA.

é que se trata, sem dúvida, de um contrato de risco que, simultaneamente, inclui uma estrutura de cooperação. Pense-se ainda no exemplo de uma fundação que oferece contratos de seguro com prémios inferiores ao prémio actuarial, actuarialmente justos ou de outra forma inferiores ao respectivo valor de mercado, sem qualquer componente destinado a custear as despesas da fundação e muito menos destinado ao lucro, factos *que se manifestam no próprio texto contratual*. Aqui há certamente um contrato misto, oneroso e gratuito. Temos uma troca mas com um elemento de liberalidade. Ou de uma fundação que se dispõe, sem qualquer contrapartida, a suportar o risco de cheias numa dada população rural. Aqui há a assunção de um risco e o contrato tem apenas uma estrutura de liberalidade.

Avancemos para os exemplos relativos aos contratos de jogo. Se três amigos apostam, cada um deles, dez euros que uma dada equipa vai (i) ganhar um dado jogo de futebol; (ii) empatar o jogo; ou (iii) perder esse jogo, estamos perante um negócio com função de troca. Há uma total corresponsabilidade na vinculação simultânea e recíproca dos jogadores a possibilidades de constituição de uma prestação.¹¹¹¹ Mas certamente que a participação num concurso poderá ser um negócio com estrutura de liberalidade.¹¹¹² Poderá, por exemplo, exigir-se somente aos concorrentes que se inscrevam como participantes.¹¹¹³

1111 Este é aliás um bom exemplo de como a falta de equivalência das atribuições em nada interfere na respectiva corresponsabilidade. A corresponsabilidade entre as atribuições das partes seria a mesma, independentemente de estar em causa um jogo entre o Benfica e o Sporting ou um jogo entre o Porto e o Cascalheira. Tratando-se, pelo contrário, de uma aposta inserida num colectivo empresarialmente organizado, por forma a equilibrar as apostas dos vários participantes, às apostas com maior probabilidade de sucesso corresponderia um retorno eventual de valor inferior ao das apostas com menor probabilidade de sucesso. As probabilidades de um resultado de 1-X-2 andam à roda dos 45-30-25, como poderá ler-se, designadamente, consultando os dados estatísticos apresentados em <http://www.soccerstats.com>.

1112 Ver *Chappell & Co v. Nestlé* (1960). A *Nestlé* publicitou uma oferta ao público, para a venda de discos em troca de uma quantia irrisória em dinheiro acompanhada de três invólucros das suas barras de chocolate de leite. Os invólucros eram deitados fora mal eram recebidos. Precedente para a regra segundo a qual a *consideration*, requisito de eficácia das promessas, embora deva existir, não tem de ser adequada. Ora, imaginando um concurso em que as pessoas tenham simplesmente de enviar ao organizador três códigos de barras de um dado produto, sendo entre eles sorteado um automóvel, este jogo terá uma estrutura de liberalidade. Pode discutir-se que a contrapartida está no ónus de aquisição dos produtos em causa. Mas os concorrentes não precisam de comprar os produtos. Podem, por exemplo, pedir aos amigos que os deixem recortar códigos de barras das embalagens que consomem.

1113 Aqui há também imputação de um risco. Mas não é certo que o conceito (ainda que amplo) de jogo admita a gratuitidade. Cfr. *Carlill v The Carbolic Smoke Ball Co.* (1892), p. 491: «Se qualquer das partes puder ganhar mas não poder, ou puder perder mas não ganhar, não se trata de um contrato de jogo.» Mas vejam-se a s. 3 e a s. 6 do *Gambling Act* de 2005. Os preceitos clarificam que, para efeitos de aplicação do diploma, não é elemento necessário do conceito de jogo a possibilidade de perder alguma coisa, embora o seja a possibilidade de ganhar alguma coisa.

Mas quando se pode ganhar ou perder alguma coisa, que não apenas o próprio jogo, ambos estão a dar e receber qualquer coisa, economicamente falando. As suas condutas têm um valor patrimonial. Há também jogos cuja finalidade principal se cumpre com a participação: jogos em que o prémio toma um lugar secundário, e em que, impedindo a participação, o dano será, não só a perda da oportunidade de vir a ganhar o prémio, mas também a perda do gozo de participar, ou possivelmente a perda da oportunidade de demonstrar publicamente uma capacidade. Haveria em pelo menos alguns destes casos um misto de troca e de cooperação.

O que é importante frisar é que, no caso do contrato de seguro, como no caso do jogo, muito mais reveladora do que a existência de inúmeros exemplos como estes é a *inexistência de exemplos* de contratos só de risco, ou seja, que não pertençam, simultaneamente, a uma das primeiras três categorias: liberalidade, troca ou cooperação.

Uma vez assente que não há qualquer incompatibilidade entre as classificações do seguro como contrato de risco e como contrato de troca, ou sinalagmático, visto tratar-se de classificações que se cruzam, resultantes da aplicação de critérios distintos, resta saber se se justifica a delimitação doutrinária de uma categoria dos contratos de risco. Vimos que vários autores recorrem à categoria dos contratos de risco.¹¹¹⁴ Alguns acabam por rejeitar que nela se encontre alguma unidade, por não encontrarem suficientes afinidades entre o jogo, paradigma dos contratos de risco, e negócios jurídicos como o seguro ou a fiança. Ponto de partida desta análise é, naturalmente, a circunstância de a assunção de um risco aproximar, de alguma forma, todos estes contratos.¹¹¹⁵ HENSSLER, designadamente, nota que, ao contrário do que acontece nalguns outros códigos civis europeus, não há

1114 Para além de ESSER (cfr. *supra* n. 1093), veja-se, por exemplo, MEDICUS, *Schuldrecht II*, pp. 235-256 (que individualiza a categoria dos contratos «sobre um risco»); e JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, pp. 119-121. Declarando-se na esteira de HENSSLER, o autor afirma que «a fiança é um dos tipos contratuais que recebem o seu específico sentido e fim (*Sinn und Zweck*) do elemento risco». (p. 121). Cfr. HENSSLER, *Risiko*, pp. 14-15. JANUÁRIO GOMES adere ao agrupamento da fiança e do seguro numa categoria só e à categoria dos negócios de risco. Até aponta alguns aspectos do regime comum desta categoria, incluindo a impossibilidade de aplicação da doutrina da alteração das circunstâncias a favor do beneficiário da assunção do risco e a forte restrição da aplicação dessa doutrina a favor do assuntor do risco. Discordo deste entendimento: cfr. *infra* n. 1221. O autor não é especialmente incisivo no que respeita à identificação da especificidade que assume o risco nos negócios aleatórios. Fala na «especial perigosidade» da fiança e na assunção de um «risco anormal». «Dizer-se que a fiança é um negócio de risco é o mesmo que dizer que é um negócio de perigo para o fiador» (p. 119). Parece considerar que a questão seria aqui apenas de grau: de especial intensidade de perigo. Afirma, designadamente, que a fiança poderia ser qualificada como um contrato aleatório dada a «forte *alea* que perpassa em toda a operação» (p. 119).

1115 HENSSLER, *Risiko*, pp. 419 e 459-460.

disposições de direito civil alemão, nem sobre a assunção de um risco como problema geral do direito dos contratos, nem sobre os contratos de risco.¹¹¹⁶ E que, mesmo nos ordenamentos onde tal não acontece, as consequências jurídicas que podem retirar-se da qualificação de um contrato como de risco são diminutas ou mesmo inexistentes, consoante o ordenamento em causa, e fundam-se em pressupostos tecnicamente censuráveis.¹¹¹⁷ Por este motivo, apoia a decisão alemã de não atribuir relevância legal à categoria dos contratos de risco.¹¹¹⁸ Esclarece que, não só a qualificação de um contrato como de risco não implica quaisquer consequências jurídicas, também existem diferenças significativas entre os vários contratos de risco.

Por meu lado, não nego que no jogo, no seguro ou na fiança temos em comum a imputação contratual de um risco e que isto é um elemento comum com relevância. Considero, simplesmente, que este fenómeno é puramente jurídico. Não nego a utilidade dogmática da categoria. Mas (i) nem a situo no plano metajurídico; (ii) nem, sobretudo, a identifico com o desempenho de uma função económico-social do contrato. Note-se que

1116 HENSSLER, *Risiko*, pp. 15-17. O autor contempla, em especial, a categoria dos contratos aleatórios prevista no ABGB (*Glücksverträge*). Observa que esta categoria apenas abrange uma parte dos contratos de risco, não se percebendo muito bem o que, em seu entender, ficaria de fora.

1117 HENSSLER, *Risiko*, pp. 15-17, analisando o direito austríaco, afirma que os efeitos jurídicos da pertença à categoria dos contratos aleatórios são escassos, limitando-se à questão da inadmissibilidade de aplicação do instituto da *laesio enormis* (§ 1268 ABGB). Acrescenta que a qualificação de um contrato como aleatório não tem qualquer significado em França, dado que dessa qualificação não decorreriam quaisquer efeitos jurídicos, tratando-se apenas de uma tentativa de sistematização. Acrescente-se que o mesmo se passa, actualmente, em Portugal e Espanha (cfr. *supra* o texto junto e a própria n. 1070). Em Itália, literalmente, a lei atribui alguma relevância à categoria, mas a doutrina vem crescentemente a defender a interpretação restritiva ou mesmo correctiva dos preceitos em causa (cfr. *infra* n. 1221). HENSSLER critica a exclusão da aplicabilidade da *laesio enormis* aos contratos aleatórios (cfr. pp. 483-484). Afirma que esta ideia, que existe tanto na legislação austríaca como em parte da doutrina alemã, se funda nas muitas incertezas que existem actualmente na doutrina quanto à possibilidade de avaliação do risco conscientemente assumido, ou simplesmente na ideia de que o risco foi aceite pelas partes, ou seja, que o risco de uma falta de equivalência objectiva é característico destes contratos. Cfr. *infra* n. 1221. Exemplo deste raciocínio: KOZIOL/WELSER, *Grundriss II*, p. 255, para quem, de acordo com o § 1268 ABGB, «o mecanismo jurídico da *laesio enormis* está vedado a todos os contratos aleatórios, porque os riscos são característicos dos contratos aleatórios, e são pelas partes conscientemente assumidos». Uma maior ponderação revela a inaceitabilidade de tais fundamentos. Por um lado, muitas vezes pode avaliar-se correcta e rigorosamente um risco. Isto é hoje um dado irrefutável. Por outro lado, é falacioso o pressuposto de que esta doutrina parece partir, de que a perspectiva para se aferir da justiça contratual será necessariamente *ex post*. Se as partes pretendem, por exemplo, entrar num jogo com iguais possibilidades de ganhos e de perdas, e se as circunstâncias se alteram de forma a desequilibrar esse ponto de partida do jogo, o problema existe, e pode ser resolvido, da mesma forma que o seria se o contrato não fosse aleatório. Neste sentido, HENSSLER, *Risiko*, p. 484; e o austríaco GSCHNITZER, *Schuldrecht BT*, p. 345.

1118 HENSSLER, *Risiko*, p. 17. SCHWINTOWSKI, *Rechtsnatur I*, pp. 703-704; *Rechtsnatur II*, pp. 48-49, 59 e 66-68; e BK/SCHWINTOWSKI, § 1 pp. 51-54 mm. 30-35, concorda com as conclusões de HENSSLER. Afirma que não há unidade de natureza jurídica nos contratos de risco, ou seja, nos contratos que teriam por «objecto» um risco. Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 80 m. 23a.

o que une esta categoria não é o risco tal como por mim definido a propósito do risco de seguro, como algo de exógeno, de anterior e independente do contrato. Este é próprio dos contratos de previdência mas não se estende ao jogo. O risco que une todos os contratos de risco, ou de imputação de risco, é antes a álea criada pelo próprio contrato, que tratei com mais pormenor no capítulo relativo aos contratos aleatórios.

Se até faria sentido unir, numa única categoria económico-social, todos os contratos cuja atribuição característica tenha por função lidar com um risco exógeno, anterior e independente do contrato – é esse o caso dos contratos de previdência ou de garantia –, já não me parece acertado identificar uma «função económico-social» comum a todos os contratos de risco. Recorde-se que os próprios economistas afirmam que nada une o seguro e o jogo. Que, de um ponto de vista económico, o seguro e o jogo cumprem funções exactamente opostas: os primeiros minimizam um risco exógeno, os segundos criam um risco endógeno – a que chamamos álea.¹¹¹⁹ Os primeiros respondem a uma necessidade dos sujeitos avessos ao risco, os segundos a uma necessidade dos sujeitos atreitos ao risco. É claro que também os primeiros criam um novo risco especulativo – a álea – anteriormente inexistente. Daí incluírem-se todos estes contratos, excepto se gratuitos, na categoria dos contratos aleatórios. Mas não se trata de uma função económico-social. Trata-se apenas, do ponto de vista jurídico, de um mecanismo de imputação de um risco.

1119 Já o dizia REBOUL, *Assurances Vie* (1865), pp. x e 34-51, negando ao seguro qualquer afinidade com o jogo, dada a certeza com que se fica de vir obter-se a prestação em caso de ocorrência do sinistro, assim suprimindo as condições aleatórias existentes previamente à celebração do contrato. Considerava-os o oposto um do outro: num arrisca-se; no outro garante-se uma saída para um risco. Jogar, em sua opinião, seria, em certos casos, não subscrever um seguro: joga-se com o fogo, com o mar, enfim, com a morte. Não haveria jogo sem inquietude; o seguro, pelo contrário, dar-nos-ia descanso. «O seguro dissipa a álea como a luz dissipa as trevas» (p. 41). CHAUFONT, *Assurances*, p. 207, concordava com as suas observações, contrapondo no entanto que «não parece menos verdade dizer que, quem segura, joga igualmente. Corrige o jogo desregrado do acaso pelo jogo regrado do seguro.» O autor continuava esclarecendo que, se não deveriam negar-se as semelhanças entre o jogo e o seguro, também não poderiam negar-se as profundas diferenças que os separam. Numa nota algo distinta, esta ligação é também traçada por DWORKIN, *Sovereign Virtue*, pp. 73-74: «Distinguirei, pelo menos para já, entre duas espécies de sorte. A sorte das opções (*option luck*) respeita ao resultado dos actos deliberados e calculados de arriscar – se alguém ganha ou perde ao aceitar um risco isolado que devia ter previsto e que poderia ter declinado. A sorte bruta (*brute luck*) respeita ao resultado dos riscos que não decorrem, nesse sentido, de actos deliberados de arriscar. (...) O seguro, na medida da sua disponibilidade, proporciona uma ligação entre as sortes bruta e de opções, porque a decisão de comprar ou rejeitar um seguro contra uma catástrofe é um risco calculado.»

«Na realidade, a função específica do seguro, de um lado, e do jogo e aposta, do outro, é profundamente diversa, e todos os contratos aleatórios se caracterizam por uma incerteza essencial do resultado final em virtude do mecanismo jurídico que lhes é comum: a incerteza integra uma função previdencial, quando ligada a um risco extracontratual; actua com uma função especulativa, como no jogo e aposta, quando o interesse em pôr em prática o mecanismo aleatório não se relacione com algum risco preexistente. Sob o perfil subjectivo, poderia dizer-se que o primeiro caso é caracterizado por um interesse (contratual) na eventualidade da prestação, o segundo por um interesse na prestação eventual.»¹¹²⁰

Em suma, quando se diz que a «transferência» de um risco é a função ou finalidade primordial do contrato de seguro, este risco, elemento determinante do contrato de seguro, nada tem que ver com a álea que une os contratos aleatórios e, mais amplamente, os contratos de risco. Mais do que isso, como veremos já a seguir, o que nos permite classificar o seguro entre os contratos de previdência ou de garantia, é precisamente a circunstância, que já não é comum aos restantes contratos de risco, de, desde o momento da celebração do contrato, o tomador ver parte do seu interesse satisfeito por via da atribuição que se denominou cobertura. Trata-se da atribuição de um direito condicional, com um valor económico actual, cujas regras foram fixadas à partida, e graças ao qual o tomador goza da segurança da satisfação de uma necessidade eventual – que no entanto, em caso de sinistro, só será efectivamente satisfeita, isso é certo, com a própria prestação.

5.2.4. Os contratos de garantia

Neste capítulo, tenho o duplo propósito de questionar que exista uma fronteira clara entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, e, ao mesmo tempo, de averiguar se faz sentido integrar o contrato de seguro no seio do que poderá chamar-se a categoria mais ampla dos «contratos de garantia».

1120 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 247-248. Cfr. *supra* n. 317. Na nota, cfr. em especial as referências a HAX, *Wesen*, p. 31; a MAHR, *Einführung*, pp. 69-70; e a TRIESCHMANN/GUSTAVSON, *Risk and Insurance*, p. 61.

Digo agora sobre a palavra «garantia» o que antes disse acerca do termo «risco».¹¹²¹ Trata-se de uma palavra polissêmica, usada em várias acepções, mesmo no domínio restrito da linguagem jurídica, sem prejuízo de podermos identificar algo de comum a todos os seus usos. Num sentido amplo, comum a todas essas acepções, a garantia jurídica corresponde ao «*meio* ou conjunto de meios *para suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa*».¹¹²²

A questão, amplamente discutida, da autonomia do seguro em face das (restantes) formas de garantia esconde toda uma série de figuras, umas bem distintas das demais e outras nem tanto, que importa agora identificar. Um dos principais pontos fracos da discussão em torno da autonomia do contrato de seguro perante «a garantia» ou «o contrato de garantia» está em tomar-se muitas vezes a parte pelo todo, misturando numa mesma discussão critérios que se aplicam a acepções distintas do termo «garantia». Entre essas várias acepções, há umas que pouco ou nada nos interessarão, no contexto da discussão sobre a autonomia do seguro. Será esse o caso, designadamente, da garantia geral das obrigações.¹¹²³ Atentemos nas que mais relevo terão para a discussão, começando pelas garantias especiais das obrigações. Estas formam um conjunto diversificado de meios que acrescem, em benefício de determinado credor, à garantia geral das obrigações, que protege genérica e igualitariamente todos os credores, reforçando-a, quer pela afectação de certos bens do devedor ou de terceiro – garantias reais – quer pela adstrição de terceiros à realização da prestação – garantias pessoais. Só estas últimas poderão assemelhar-se a um seguro (ou vice-versa).

Entre as garantias pessoais das obrigações avulta a fiança, e tem vindo a desempenhar um papel de relevo crescente na economia a figura da garantia autónoma.¹¹²⁴ Poderá dizer-se que, em todos esses casos, está em causa a responsabilização do garante pelo cumprimento de uma obrigação de terceiro. No entanto, haverá ainda que distingui-las consoante (i) se caracterizem pela acessoriedade à obrigação garantida ou, mais

1121 Cfr. *supra* o texto junto à n. 100.

1122 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 556. Sobre as várias acepções da palavra, cfr. pp. 548-557.

1123 Cfr. art. 601.º CC. Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*, pp. 67-68. Cfr. ainda JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, pp. 5-37, *maxime* p. 19, em defesa da estrutural inconsistência da designação «garantia geral das obrigações», que ultrapassaria os domínios da linguagem comum e da conveniência da própria linguagem técnico-jurídica. O autor defende a sua sobreposição ao conceito de responsabilidade patrimonial e sustenta que a noção técnica de garantia é a que se restringe às garantias especiais das obrigações.

1124 A primeira encontra-se regulada nos arts. 627.º a 655.º CC. A segunda não conhece regulação legal própria.

amplamente, por configurarem «meios ao serviço da efectividade de uma situação jurídica activa»¹¹²⁵ ou, pelo contrário, (ii) se caracterizem pela sua autonomia em face de qualquer situação jurídica anterior ou contemporânea, embora possam até, de algum modo, destinar-se a assegurar a prestação que é objecto da obrigação. A fiança é o paradigma das garantias pessoais acessórias.¹¹²⁶ Entre as não acessórias sobressai a garantia autónoma.¹¹²⁷

Apenas certas classes muito específicas de seguros poderão em certos casos confundir-se – embora sem justificação – com as garantias especiais das obrigações que, como a fiança, se caracterizam pela acessoriedade em face de uma obrigação principal.¹¹²⁸ Por conseguinte, este nunca seria um problema geral do direito contratual dos seguros. É o contrato de garantia autónoma que interessa contrapor ao contrato de seguro. É claro que, ao falar em garantia autónoma, podemos abstrair-nos da fonte, que será ou não um contrato conforme os casos, embora a sua origem se encontre no que a doutrina alemã

1125 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 553. Cfr. pp. 553-556. O exemplo de uma garantia autónoma actualmente mais discutido é provavelmente o da garantia bancária à primeira solicitação (*on first demand*). JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, p. 69, salienta a necessidade de distinguir o carácter autónomo da garantia, naturalmente comum a todas as modalidades de garantia autónoma, como o nome indica, do seu carácter automático, que só está presente nas que forem à primeira solicitação. A estas opõe o autor as garantias autónomas simples (não automáticas). Também admite a existência de fianças automáticas (à primeira solicitação). Cfr. ainda, a este respeito, BARILLÀ, *Garanzia*, pp. 183-189.

1126 A sua importância ultrapassa esse domínio, visto que o seu regime é «de referência essencial para o estudo das outras garantias pessoais, *maxime* daquelas, como a chamada garantia bancária autónoma, que não conhecem regulamentação legal». JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, p. 63.

1127 Cfr. BARILLÀ, *Garanzia*, pp. 163-182. Na distinção entre as figuras da fiança e da garantia autónoma, nos direitos italiano e alemão, o autor sublinha a acessoriedade da primeira em face da autonomia da segunda.

1128 Será esse o caso do seguro-caução. Cfr. o art. 162.º LCS e o art. 6.º/1 do DL n.º 183/88, de 24 de Maio. ROMANO MARTINEZ, *Garantias*, pp. 75-79, *maxime* p. 76, afirma que o seguro-caução é, *inter partes*, um contrato de seguro, que funciona, na relação entre o segurador-garante e o terceiro-garantido, como garantia. Acrescenta que o seguro-caução tanto pode caracterizar-se pela acessoriedade, caso em que se aproxima a uma fiança, ou pela autonomia, caso em que se assemelha a um aval ou uma garantia autónoma. Entende que a sua natureza será acessória, na falta de disposição em contrário, designadamente sob a forma de uma cláusula de execução imediata ou «à primeira solicitação». Nesse sentido, o Ac. STJ 11.02.1999. Cfr. THOMAS/DREHER, *Kautionsversicherungsvertrag*, pp. 731-738. Os autores criticam a jurisprudência recente do BGH, que nega ao seguro-caução a natureza de contrato de seguro, qualificando-o antes como um contrato de gestão, no sentido do § 675 BGB (*Geschäftsbesorgungsvertrag*). Cfr. BGH 06.07.2006; e BGH 18.01.2007. Vimos que alguns autores qualificam o contrato de seguro, na sua generalidade, como um contrato de gestão. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 842. Não é disto que se trata. A posição da doutrina dominante vai no sentido de negar ao contrato de seguro a qualificação de contrato de gestão. Na sua senda, o BGH nega ao seguro-caução a qualificação de contrato de seguro, qualificando-o, ao invés, como um contrato de gestão. Os autores insurgem-se contra esta posição, demonstrando que, independentemente do entendimento que se tenha acerca da «função» do seguro, ou dos seus elementos necessários, o seguro-caução deverá sempre qualificar-se como um contrato de seguro.

chamou «contrato de garantia».¹¹²⁹ Em língua portuguesa, opto por recorrer à expressão, mais clara e de uso relativamente generalizado, «contrato de garantia autónoma».¹¹³⁰

O contrato de garantia autónoma pode definir-se como o contrato em que alguém – o garante – assume perante outrem – o beneficiário – o risco de verificação ou não verificação de um determinado resultado, obrigando-se ao pagamento de uma prestação equivalente ao prejuízo emergente ou ao lucro esperado com esse resultado, respectivamente, se este se tiver ou não se tiver verificado.¹¹³¹ O resultado pode ser ou não ser o cumprimento de uma obrigação de um terceiro perante o beneficiário. Naturalmente, apenas nos casos em que o seja estaremos perante garantias especiais das obrigações.

O problema da distinção entre este contrato e o de seguro relaciona-se com a circunstância de também este, na definição proposta, se enquadrar na ampla descrição acima oferecida.¹¹³² Na verdade, se, por um lado, procurarmos despir a definição do seguro de tudo o que não seja sua nota necessária, comum a todas as suas modalidades, e, por outro lado, fizemos exactamente o mesmo com a definição de garantia autónoma, designadamente dela afastando a ligação necessária a uma obrigação, associando a garantia, simplesmente, a um dado resultado, que pode ou não corresponder à prestação que um devedor se encontra obrigado a realizar mas que é tomada com independência dessa obrigação, subsistindo, designadamente, em caso de invalidade ou ineficácia da

1129 A primeira teorização deste contrato encontra-se no *Garantievertrag* (1886) de STAMMLER. Sobre o contrato de garantia autónoma, vejam-se, por todos, o *Garantievertrag* de BOETIUS; e o *Garantievertrag* de KOZIOL. Cfr. ainda o *Garanzia* de BARILLÀ (comparação germano-italiana). Em Portugal, entre as primeiras referências à figura estão as de VAZ SERRA, *Fiança*, pp. 296-303; ou C. MOTA PINTO, *Cessão*, p. 469 n. 1. Sobre a figura da garantia autónoma, cfr. a monografia *Garantia Autónoma* de MÓNICA JARDIM. Na jurisprudência cfr. o Ac. STJ 24.11.1964.

1130 Em Itália, por seu turno, adoptou-se a designação *contratto autonomo di garanzia*. Cfr. BARILLÀ, *Garanzia*, p. 6.

1131 Cfr. LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, p. 66; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 554. Na sua definição, este autor recorre à terminologia tradicional, sustentando que o garante «promete (...) que assume o risco», o que já vimos ser de afastar. Sobre a aplicação ao passado de semelhante construção, nos direitos anglo-americanos, veja-se a doutrina de expressão inglesa citada *infra* n. 1153. FERREIRA DE ALMEIDA trata, neste ponto, como sinónimas a designação «contrato de garantia» e o que alguns designam por «contrato de risco». Contudo, como vimos há pouco, refere-se noutra ponto à categoria, mais ampla, dos «negócios de imputação de risco», ou «negócios de risco», que englobaria, e ultrapassaria, a dos «contratos de garantia» (*v.g.* a pp. 537-539). Note-se ainda que, tradicionalmente, ainda noutra acepção, se chamava «contrato de risco» a uma espécie de seguro invertido também denominado «contrato de câmbio marítimo», que teve como antepassado o *foenus nauticum* romano, e que ainda hoje se encontra regulado nos arts. 626.º a 633.º CCom. Sobre este, veja-se CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom III*, pp. 380-395, *maxime* p. 382.

1132 Cfr. *supra* o texto junto à n. 93.

obrigação, as definições a que chegarmos poderão bem conduzir-nos à conclusão de que as figuras são absolutamente indestrinçáveis.¹¹³³

Alguma doutrina recorre, para distinguir os contratos de seguro e de garantia autónoma, ao elemento da mutualidade, sustentando que os conceitos de risco e de interesse nos permitiriam distinguir «funcionalmente» o seguro do jogo, mas não nos permitiriam distingui-lo dos restantes contratos de gestão de risco, ou seja dos contratos que lidem com um risco exógeno, anterior e independente do contrato, não permitindo, designadamente, separá-lo adequadamente do contrato de garantia autónoma.¹¹³⁴ BOETIUS, por exemplo, para os distinguir, partiu do pressuposto da empresarialidade no recurso à lei dos grandes números, característica da actividade seguradora.¹¹³⁵ Afirmou que a técnica

1133 Neste sentido, MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law 1st Sup*, pp. 2-3 (1-8A). O autor parte da ampla definição de seguro apresentada em 2004 pela *Financial Services Authority* – que o define como «o contrato em que alguém, por uma contrapartida em dinheiro, se obriga ao pagamento de uma quantia em dinheiro ou à prestação de um outro benefício, em resposta a um evento incerto e adverso para o interesse do destinatário». Conclui que esta amplitude elimina a distinção entre o seguro e a garantia. A sua posição é crítica, em relação a tão ampla definição de seguro, mas a verdade é que, se pretendemos chegar a uma definição que assente por igual a todas as modalidades de seguro, dificilmente fugiremos de semelhante amplitude. Cfr. ainda FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 675: «Característico do contrato de garantia autónoma é um momento semelhante ao seguro: uma parte obriga-se, no contexto do risco assumido, a responder por um interesse ligado a um determinado resultado.» E DEUTSCH, *VVR*, pp. 5-6, para quem o contrato de seguro se situa dentro do tipo geral do contrato de garantia autónoma, sendo um negócio de assunção de risco do género deste último (*eines Risikoübernahmengeschäft nach Art des Garantievertrages*). No mesmo sentido, BVerwG 11.11.1986 e BGH 29.09.1994. Por sua vez, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 73 m. 5, observa que o contrato de garantia autónoma não se distingue funcionalmente do de seguro, podendo mesmo ser visto como «um caso especial de seguro».

1134 Neste sentido, KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 pp. 205 e 210 mm. 6 e 25.

1135 BOETIUS, *Garantievertrag* (1966), pp. 47-57, *maxime* pp. 49 e 51-54. Sobre o afastamento do elemento mutualidade como nota necessária no contrato de seguro, cfr. *supra* o texto a seguir à n. 716. Sobre a distinção entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, veja-se ainda KOZIOL, *Garantievertrag*, pp. 17-18; e, mais recentemente, STAUDINGER/HORN, «Vorbem. zu §§ 765-778» p. 93 m. 220. O último autor afirma que, na prática, o contrato de seguro de crédito não se distingue internamente de um contrato de garantia autónoma, sendo posição maioritária a de que ambos se distinguem apenas externamente, consoante o modo de cálculo da contrapartida, havendo seguro sempre que esta se calcule em função de princípios actuariais próprios da actividade seguradora. Esta forma de distinguir os contratos também é avançada por KOZIOL. Este autor acrescenta o elemento mutualidade, próprio apenas na actividade seguradora. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 387-402, *maxime* p. 388, dentro da sua modalidade de negócios jurídicos com «função económico-social de garantia», analisa fundamentalmente a fiança e o seguro, explicando que, em seu entender, estes se diferenciariam pelos respectivos agentes e pela natureza do evento que desencadeia a exigibilidade da obrigação do agente, mas teriam em comum a chamada circunstância de eventualidade, condição de exigibilidade da obrigação do garante nos negócios jurídicos de garantia, que consistiria num sinistro, isto é, num facto futuro e incerto, pelo menos quanto ao seu conhecimento pelas partes, que lesa patrimonialmente ou afecta negativamente o beneficiário nas suas expectativas, sempre que a garantia seja considerada com independência de uma obrigação – seguro – e em incumprimento, sempre que a garantia se constitua como acessório de uma obrigação. Note-se, contudo, que nem sempre, no seguro, pode dizer-se que o sinistro é independente do incumprimento de uma obrigação. Cfr. SILVA SANTOS, *Seguro de Crédito*, *maxime* pp. 18-22. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp.

do seguro permitiria estipular uma «relação de equivalência» entre risco e prémio, e que no contrato de seguro se estipularia efectivamente uma «relação de equivalência» entre as prestações que não existe no contrato oneroso de garantia autónoma.¹¹³⁶ A remuneração do garante não poderia qualificar-se como um prémio, sendo essa, em seu entender, a grande diferença entre o seguro e a garantia.¹¹³⁷ A distinção entre seguro e garantia estaria, portanto, na natureza sinalagmática do primeiro destes contratos, que se retiraria da «relação de equivalência» entre o risco e o prémio.¹¹³⁸ De resto, tratar-se-ia de figuras absolutamente idênticas, ou pelo menos convergentes. No entanto, é de rejeitar, como vimos, que o recurso à técnica actuarial deva ser elevado à categoria de nota necessária num contrato de seguro.¹¹³⁹ O tema da «relação de equivalência» também já foi por mim tratado – e a figura afastada – a propósito do sinalagma.¹¹⁴⁰

Outra hipótese seria distinguirmos os contratos pelos respectivos sujeitos: os contratos de seguro celebrar-se-iam com seguradores e os de garantia autónoma com não-seguradores, designadamente bancos, no caso das garantias bancárias.¹¹⁴¹ Contudo, esta tese também parece ser de afastar, desde logo porque, ou nos cria um problema quanto à definição da qualidade de segurador, ou nos remete para a existência de uma autorização administrativa para o exercício da actividade seguradora, questão também já tratada e posta de parte.¹¹⁴²

Julgo que apenas conseguiríamos separar os domínios dos contratos de seguro e de garantia autónoma se restringíssemos a definição acima dada de contrato de garantia autónoma.¹¹⁴³ Tratar-se-ia, no entanto, de uma fuga ao problema. A isso acresce que uma definição mais estrita resultaria artificiosa. Senão vejamos. Centremos a nossa atenção,

392-393, debruçando-se sobre a combinação sistemática, afirma ainda que, nos negócios jurídicos de garantia, há uma relação de implicação unilateral com a circunstância de eventualidade, mas trata-se de implicações meramente semânticas, pouco menos do que tautológicas, visto que a garantia só pode definir-se pela menção de um evento de que dependa o modo de realização dos mesmos. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 405-407.

1136 Já afastei esta ideia de equivalência. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 981.

1137 Cfr. doutrina citada em BOETIUS, *Garantievertrag*, p. 52 n. 99. O autor pressupunha a onerosidade do contrato de garantia autónoma, ao contrário do que acontecia com STAMMLER (cfr. *infra* n. 1145).

1138 BOETIUS, *Garantievertrag*, pp. 53-54.

1139 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 716.

1140 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 981.

1141 É esta a posição de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 407; e *Pessoas*, p. 523. O autor indica a qualificação profissional de uma das partes como elemento estrutural constante do tipo contrato de seguro. Para a ideia de que a qualidade dos sujeitos intervenientes pode servir como elemento para a concretização de um dado tipo legal, cfr. ainda *supra* n. 751.

1142 Cfr. *supra* o texto junto às nn. 36 e 769.

por momentos, na figura paradigmática da garantia autónoma: a garantia bancária autónoma. Não obstante a sua autonomia, poderíamos restringir a sua definição aos casos em que a figura serve efectivamente de garantia a uma obrigação. Simplesmente, como sublinha alguma doutrina, arriscar-nos-íamos a falhar o alvo, visto que, mesmo nesses casos, em termos rigorosos, a garantia autónoma não se destina tanto a assegurar o cumprimento de uma obrigação quanto a assegurar que o beneficiário receberá, designadamente, uma determinada quantia em dinheiro, nas condições estipuladas no texto da garantia.¹¹⁴⁴

Poderíamos ainda acrescentar à definição de contrato de garantia autónoma a circunstância de o contrato ser unilateral e gratuito.¹¹⁴⁵ Contudo, essa restrição resulta demasiado formalista, pelo menos no panorama actual. É certo que, formalmente, a contrapartida do garante, quando exista, se encontra, não na sua relação com o beneficiário, mas na sua relação com o devedor da obrigação garantida, perante quem, tipicamente, o garante se obrigou a prestar a garantia. Mas não é certo que possamos fazer corresponder uma única moldura contratual a esta relação tripartida, semelhante em todos os casos. Para alguns autores, o contrato de garantia autónoma celebra-se, tipicamente, entre o garante e o devedor da obrigação garantida, a favor do beneficiário, credor da obrigação garantida.¹¹⁴⁶ Segundo outros, o contrato de garantia autónoma seria distinto desse primeiro contrato, que qualificam como um contrato de mandato. O contrato de garantia autónoma seria um segundo contrato, celebrado entre o garante e o beneficiário, credor da obrigação garantida, em execução do contrato de mandato

1143 Existem algumas definições doutrinárias de contrato de garantia autónoma que o distanciam de um contrato de seguro – a ausência de um regime legal próprio contribuiu para a diversidade de posições doutrinárias a este respeito. HENSSLER, *Risiko*, pp. 372-374, nota que a dificuldade de distinção entre os contratos de seguro e de garantia autónoma só se coloca quando ambos forem onerosos. O autor admite, portanto, ambas as modalidades de contrato de garantia autónoma, explicando todavia que, tipicamente, a contrapartida para a atribuição do garante encontrar-se-á no contrato regulador da relação entre o garante e o devedor e não no próprio contrato de garantia autónoma (p. 365).

1144 Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Bancário*, p. 643.

1145 Note-se que, para STAMMLER, *Garantievertrag*, pp. 1 e 5, o contrato de garantia autónoma seria um contrato gratuito. Para o autor que primeiro individualizou o instituto, por conseguinte, o garante não receberia qualquer contrapartida pela sua garantia. O autor distinguia o contrato de garantia autónoma do contrato de seguro precisamente por este último ser «bilateral» (*gegenseitig*) e o primeiro «unilateral» (*einseitig*) (pp. 47-49). Não distinguia claramente as categorias da onerosidade, do que chamo «biobrigacionalidade» e do sinalagma – o que não afecta as suas conclusões, dado que concebia o contrato de garantia autónoma como um contrato «unilateral» gratuito.

1146 Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Bancário*, p. 642.

celebrado com o devedor.¹¹⁴⁷ Só nesse sentido poderíamos qualificá-lo, em todos os casos, como unilateral e gratuito. A construção parece forçada, sendo certo que as circunstâncias de que parte se assemelham substancialmente às dos contratos de seguro em que o tomador e o segurado sejam pessoas distintas, em que também não é normalmente este último que paga o prémio ao segurador. Em todo o caso, como se disse, a modificação da definição não nos resolve o problema da separabilidade entre os contratos de seguro e de garantia autónoma, porque o problema só se coloca em relação à definição mais ampla de contrato de garantia autónoma.

Parece que o problema não tem propriamente solução. A definição mais ampla de contrato de garantia autónoma é demasiado abrangente para lhe fazermos corresponder um único tipo contratual, aproximando-se da categoria a que adiante chamarei «contratos de garantia».¹¹⁴⁸ A doutrina alemã sublinha a circunstância de o contrato de garantia autónoma incluir no seu seio algumas figuras bem distintas.¹¹⁴⁹ Neste sentido, não chocará afirmar que também o seguro pode qualificar-se como uma garantia, tipicamente, mas não necessariamente, autónoma, visto que, em certos casos, a acessoriedade que assume em face de uma obrigação do tomador ou de terceiro o aproximará da fiança.

O problema adensa-se, contudo, se pensarmos que, inversamente, também os contratos de garantia autónoma, desde que onerosos, podem qualificar-se, simultaneamente, como seguros, segundo a definição proposta. Esta conclusão também não choca, se atendermos a que o seguro é um «grande tipo contratual», tal como a compra e venda ou a prestação de serviços. Outros tipos contratuais, como o mandato ou o arrendamento, são muito mais específicos, têm um conjunto extenso de notas distintivas. Pelo contrário, os grandes tipos têm um número reduzido de notas distintivas, em regra simples, a que se reconduz toda uma variedade de negócios. Em termos muito simples, há a transmissão

1147 Cfr. MÓNICA JARDIM, *Garantia Autónoma*, pp. 51-56 e 60-65 (cfr. bibliografia citada na p. 53 n. 94). A autora parte de uma definição restrita de contrato de garantia autónoma (p. 13). Cfr. ainda MENEZES LEITÃO, *Garantias*, p. 140. O autor restringe a figura à garantia de uma obrigação, mas não é certo que a restrição resulte de uma tomada de posição quanto ao âmbito deste contrato ou somente da circunstância de o seu escrito versar sobre as garantias das obrigações, tratando o autor esta figura apenas enquanto e na medida em que o seja.

1148 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1170.

1149 Cfr. LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, pp. 65-80; e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 675-677. Os autores distinguem dois subtipos principais: (i) as chamadas «garantias de prestação» (*Gewährleistungsgarantie*); e (ii) o que chamam as «garantias de intercessão» (*Interzessionsgarantie*). A definição mais restrita há pouco avançada centra-se nestas últimas.

de um direito em troca de dinheiro, no caso da compra e venda, a vinculação à obrigação de prestar serviços, com ou sem retribuição, no caso da prestação de serviços, e o que mais não é do que a atribuição remunerada de uma garantia, no caso do seguro. Assim como os mais variados negócios podem qualificar-se como compras e vendas ou prestações de serviços, também não deverá causar espanto que o mesmo aconteça com o contrato de seguro.¹¹⁵⁰

Há uma discussão paralela a esta, que também procura distinguir os contratos de seguro e «de garantia» mas que, mais tipicamente, distingue as chamadas cláusulas de seguro ou «de garantia» – neste caso o termo «garantia» é usado, não no sentido de garantia especial das obrigações, mas antes no sentido de «garantia do objecto contratual».

Neste ponto, é importante distinguir com clareza o domínio da *especificação* do objecto contratual, em que o problema é sempre e só o de saber se as obrigações contratuais se cumpriram ou, mais amplamente, se houve ou não houve plena satisfação das atribuições contratualmente estipuladas, e o domínio das *garantias* do objecto contratual *propriamente ditas*, que correspondem à atribuição de uma nova pretensão, independente das demais, que pode ou não coincidir com o que resultaria de um incumprimento do contrato, mas com este não se confunde.¹¹⁵¹ Estas últimas também poderão enquadrar-se numa definição ampla de garantia autónoma.¹¹⁵²

Entre os casos de *especificação* do objecto contratual conta-se a «garantia» da conformidade entre a coisa entregue pelo vendedor em execução de um contrato de compra e venda, ou a obra efectuada pelo empreiteiro em execução de um contrato de empreitada, em suma entre um qualquer bem ou serviço fornecido, e a sua descrição contratualmente estipulada. O mesmo é dizer que tal «garantia» não é senão a estipulação pelas partes do

1150 É claro que esta conclusão pode ser problemática para o direito institucional dos seguros, que evidentemente terá de recorrer a outros meios para delimitar o seu âmbito de aplicação. Contudo, como disse acima, não tenho pretensões de definir o contrato de seguro senão para os efeitos do direito contratual. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 92. Seja como for, cumpre chamar a atenção para a circunstância de a crescente interpenetração dos domínios do direito bancário, do mercado de capitais e de seguros ter dado azo, em certos países, à unificação da respectiva supervisão. São exemplos de autoridades de supervisão unificada a *Financial Services Authority* (FSA), no Reino Unido, e a *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin), na Alemanha. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Bancário*, p. 111.

1151 Pense-se no caso do art. 921.º CC.

1152 Este sentido corresponde às chamadas «garantias de prestação» (*Gewährleistungsgarantie*). Cfr. LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, pp. 65-73; e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 675-677.

que é necessário para que o bem ou serviço fornecido seja considerado conforme.¹¹⁵³ No domínio das *garantias* do objecto contratual propriamente ditas, sobressai a garantia do produtor no sentido de que reparará ou substituirá os bens no caso de problemas ocorridos num determinado período de tempo a contar da sua aquisição. Estas garantias acompanham muitas vezes a venda de bens de consumo. Não é necessário que o garante seja um terceiro, pode ser o próprio vendedor, caso em que por vezes pode não ser fácil a classificação de uma cláusula negocial como verdadeira garantia ou como especificação do objecto. Pensando num exemplo, uma coisa é a especificação de que os óculos vendidos são inquebráveis, outra muito distinta é a promessa, acessória à venda, de substituição em caso de quebra nos primeiros dois anos de uso.

A propósito da distinção entre o seguro e as garantias do objecto contratual, fala-se, por vezes, no requisito da autonomia do seguro – num sentido que nada tem que ver com a autonomia a que há pouco se fez referência: trata-se da autonomia do seguro em face do seu objecto. Esclarece-se que, com o requisito da autonomia do seguro, não pretende negar-se que o contrato de seguro possa relacionar-se com outros contratos. O importante seria a «separabilidade económica» dos elementos que compõem o seguro: estes não poderiam consistir apenas num «desenvolvimento da relação principal», como por exemplo o pagamento de uma quantia adicional por parte do comprador em troca da responsabilização do vendedor pela perda ou danificação da coisa transaccionada.¹¹⁵⁴ Distinguem-se os casos de protecção de necessidades como prestação meramente acessória de uma prestação principal dos casos de protecção de necessidades como

1153 É esse o caso das «garantias legais» do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, na infeliz definição que lhe foi acrescentada pelo DL n.º 84/2008, de 21 de Maio. Cfr. as observações críticas de PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 5 (e nn. 11 a 14). Cfr. ainda o disposto nos arts. 426.º e 587.º CC. Entre nós, é frequente o uso abusivo do termo «obrigação» nas referências a estas garantias («obrigação de garantir»). Veja-se, por exemplo, C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 454-467. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 550-551, observa que «[e]ste tipo de garantias define antes a amplitude dos deveres que recaem sobre o alienante ou sobre aquele que contratualmente se obriga em relação ao conteúdo material e jurídico do objecto, por forma a assegurar que o adquirente não será perturbado no seu direito ou frustrado nas expectativas legítimas acerca das qualidades da coisa». Cfr. *McRae v Commonwealth Disposals Commission* (1950). A ré vendera ao autor os despojos de um petroleiro afundado junto ao recife de Jourmaund. Veio a verificar-se que não existia nem tinha existido na zona qualquer petroleiro. A ré foi condenada ao pagamento de uma indemnização por incumprimento, tendo-se considerado que, embora tivesse declarado que não se responsabilizava pelo estado em que o petroleiro fosse encontrado, a ré teria, implicitamente, garantido ao autor, no contrato, a existência de um petroleiro. Sobre as *warranties* dos direitos anglo-americanos, veja-se, por exemplo, COLLINS, *Law of Contract*, pp. 59-60 e 117-119. No domínio específico dos seguros, cfr. NORTH, *Examination*, pp. 290-296.

1154 Assim já J. v. GIERKE, *VR I* (1937), pp. 85-88, e, antes dele, em sentido semelhante, EHRENBURG, *PfR* (1923), p. 3. Mais recentemente, cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 74 m. 9.

prestação principal coordenada com outra prestação principal. Sustenta-se que apenas estes últimos poderiam configurar um contrato de seguro.¹¹⁵⁵ Há quem dê exemplos, provenientes da jurisprudência, do que entende por prestações acessórias, e do que caracterizaria como verdadeiras prestações de seguro. No primeiro grupo cairiam os casos das garantias contra defeitos nos bens de consumo prestadas pelos respectivos fornecedores ou das disposições contratuais que, distribuindo o risco contratual, sobrecarregam a responsabilidade de uma das partes para além do que resultaria directamente da lei.¹¹⁵⁶ Já não haverá acessoriedade, e portanto poderá dizer-se que há seguro, quando duas prestações perfeitamente independentes, ainda que no contexto de um contrato mais amplo, se ligam uma à outra, como no caso de um seguro contra a perda ou furto de um par de esquis associado a um contrato de compra e venda dos mesmos, ou no caso de um contrato de manutenção associado ao de compra e venda de um televisor.¹¹⁵⁷ A fronteira entre ambos os grupos de casos nem sempre é clara, parecendo tratar-se, essencialmente, de uma outra forma de expressar a ideia, já tratada, da remuneração autónoma da prestação de seguro.¹¹⁵⁸

Nos EUA, a questão de saber se um dado contrato é um contrato de seguro ou uma garantia, neste sentido da palavra, resolve-se, de uma forma geral, por via do *principal object*

1155 MÖLLER, *Moderne Theorien*, pp. 278-280. Também DONATI afirmava que o seguro postula que a transferência do risco entre as partes constitua uma operação autónoma. Dava precisamente o exemplo das garantias associadas à transmissão de bens. DONATI, *Trattato I*, p. 11. Cfr. ainda SIEG, *Grenzfälle*, pp. 500-502. O autor distingue as cláusulas acessórias (*Nebenabreden*) dos contratos acessórios (*Nebenverträge*). Estes últimos já poderiam corresponder a contratos de seguro.

1156 Um bom exemplo destas últimas é a convenção *del credere* consagrada no art. 269.º CCom e no art. 10.º do DL n.º 178/86, de 3 de Julho, respectivamente, no contexto dos contratos de comissão e de agência, e no art. 1183.º CC para o mandato, mas de livre estipulação noutros contextos, em virtude do princípio da autonomia privada. Mediante esta convenção, aquele que negocia um contrato por conta de outrem garante àquele por conta de quem actua, independentemente de quem venha a figurar no contrato como credor, o cumprimento das obrigações do respectivo devedor. Em seguida, falar-se-á no chamado critério da autonomia. Neste caso, é a própria lei a determinar que esta assunção de risco deve ser objecto de uma remuneração autónoma. Cfr. o art. 269.º/§ 2 CCom e o art. 13.º/f) do DL n.º 178/86, de 3 de Julho.

1157 Veja-se, neste sentido, o disposto no art. 174.º LCS. Neste sentido, cfr. ainda HOFMANN, *PVR*, pp. 9-10. O autor acentua a necessidade de uma correspondência entre prestação e contraprestação de seguros, ou, mais rigorosamente, entre a suportação do risco e o pagamento do prémio, chamando no entanto a esta correspondência, enganadoramente, equivalência (*Äquivalenz*). Equivalência essa que se apressa a distinguir de *Gleichwertigkeit*. Cfr. ainda DREHER, *Rechtsprodukt*, pp. 37 e 75-77; e KAULBACH em FAHR/KAULBACH, *VAG*, § 1 p. 208 mm. 16-17. Na jurisprudência, cfr. BGH 14.07.1962. Cfr. ainda BVerwG 19.05.1987; BVerwG 12.05.1992; e BVerwG 29.09.1992 (estes, sobre a definição de seguro para efeitos do § 1 I VAG).

1158 Cfr. *supra* o texto junto à n. 731.

and purpose test.¹¹⁵⁹ Este teste não dará uma resposta inequívoca em todos os casos, mas a doutrina reconhece-lhe alguma utilidade, designadamente nos casos, cada vez mais frequentes, em que o seguro aparece associado a outras componentes, no seio de um único contrato. Pense-se no exemplo de um segurador que, para além do seguro no sentido tradicional, também presta aos seus clientes aconselhamento em matérias de gestão de risco e de prevenção de danos. Tudo parece ser uma questão de grau.¹¹⁶⁰ Existem, no entanto, tentativas de traçar a fronteira que não caem em tamanha vacuidade.

Em Inglaterra, em *In Re Denton's Estate*, o Juiz Vaughan Williams distinguiu um seguro de uma garantia (*guarantee*) explicando que só no primeiro haveria entre as partes uma desigualdade de conhecimento quanto aos factos:

«Substancialmente, a distinção, nos casos em que o dano contra o qual se segura é apenas a eventualidade de não pagamento de uma dívida, parece dever fazer-se (...) entre os casos em que a pessoa que pretende segurar-se tem meios de conhecimento do risco de que o segurador não dispõe, e aqueles casos em que o segurador dispõe desses mesmos meios.»¹¹⁶¹

Um tribunal norte-americano manifestou um entendimento semelhante em *Ollendorff Watch Co v Pink*.¹¹⁶² No caso, tratava-se de uma promessa, feita por um vendedor de relógios, de substituir o relógio vendido por um novo, em caso de perda ou furto. Aqui, a perda ou furto do relógio nada teria que ver com o conhecimento próprio do vendedor de relógios, que pelo contrário, é quem menos pode actuar no sentido de influir de algum modo no risco em causa, por isso estar-se-ia perante um contrato de seguro.¹¹⁶³ Só a desigualdade de conhecimento entre as partes, pretendem alguns autores, justificaria a

1159 Com origem em *Jordan v Group Health Association* (1939). Cfr. JERRY, *Understanding*, pp. 21-24; e CLARKE, *Policies*, pp. 351-352. No mesmo sentido, na Alemanha, cfr. DEUTSCH, *VVR*, p. 6. O autor sustenta que a protecção do seguro tem de ser a «prestação» principal do contrato. Entende que, se for «prestação» acessória numa compra e venda ou numa prestação de serviços, já não se trataria de um contrato de seguro.

1160 É esta a posição manifestada por CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 1-16 e 1-17.

1161 *In Re Denton's Estate* (1904), p. 188. Cfr. pp. 187-190. De notar que o caso em apreço respeitava a uma garantia pessoal – *suretyship* – e não à chamada garantia de qualidade do produto.

1162 Cfr. *Ollendorff Watch Co v Pink* (1938).

1163 A questão fora suscitada, como em muitos outros casos, para o efeito de saber se o vendedor de relógios estaria a violar a proibição da prática da actividade seguradora sem autorização pela competente entidade reguladora – ou seja, o propósito da questão não se relacionava, directamente, com o direito contratual dos seguros, mas antes com o direito institucional dos seguros.

aplicação ao contrato de seguro do *duty of utmost good faith*. Fala-se, por vezes, no contrato de seguro como sendo *uberrima fides*.¹¹⁶⁴ Entendo, todavia, que, pelo menos no direito português, não há motivo para isso, dado o regime resultante dos arts. 227.º/1 e 762.º/2 CC.¹¹⁶⁵

Nos comentários a esta decisão, em que sobressai a variedade e a falta de coerência entre os vários critérios utilizados em decisões judiciais em matéria de distinção entre uma garantia de qualidade do produto e um contrato de seguro, ressalta a ideia de que a decisão tende, na prática, a depender da questão de saber se se trata de algo relacionado com as características do próprio produto, que se encontre ligado, por exemplo, à existência de defeitos de fabrico, ou de algo de alheio ao produto, designadamente, a sua perda ou destruição, bem como qualquer tipo de desapossamento por terceiro.¹¹⁶⁶

1164 Cfr. CASAREGIS, *Discursus*, p. 5 (*Discursus I* m. 2). Recentemente, veja-se, por exemplo, RICHTER, *PVR*, pp. 46-48. Entre nós, designadamente, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 58-59; e *Relatório*, pp. 96-97; CALVÃO DA SILVA, *Seguro de Crédito*, p. 108; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 160-162.

1165 Veja-se, neste sentido, quanto ao direito belga, FONTAINE, *Assurances*, p. 125; e, quanto ao direito argentino, HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, pp. 50-52. Estes últimos mostram o seu espanto com as explicações que são avançadas por alguma doutrina sobre o significado desta qualificação, «como se existissem contratos que fosse possível executar com má intenção e subterfúgios (!)» (p. 52). Note-se que, até mesmo no seio do *common law*, se duvida actualmente da especialidade que tem este princípio no domínio dos seguros, desenvolvido no contexto muito específico dos primórdios do mercado do Lloyd's de Londres, em que, essencialmente, os proprietários dos navios e respectivas cargas se seguravam uns aos outros, e posteriormente plasmado na s. 17 do *Marine Insurance Act* de 1906. FRIEDMANN, *Good Faith*, p. 311, observa que o princípio da máxima boa fé surgiu em direito inglês, no domínio do contrato de seguro, por contraposição à máxima *caveat emptor* – *let the buyer beware* – que reinava à época no restante direito dos contratos. BROWN em BROWN/MENEZES, *Insurance Law*, p. 1-3, afirma que o princípio perdeu algum do seu significado porque, por um lado, os actuais níveis de protecção ao consumidor reduziram, de uma forma geral, a importância do princípio contra o qual fora criado o da máxima boa fé – *let the buyer beware* – e que, por outro lado, a sofisticação da indústria seguradora moderna dispensa a protecção de que os anteriores seguradores careceriam. Por seu lado, BOTES, na monografia que dedica ao tema, *Utmost Good Faith*, salienta que o princípio nunca representou, no *common law*, um *maius* relativamente ao princípio da boa fé presente na tradição dos países de *civil law*, mas antes algo que poderia aproximadamente qualificar-se como o seu equivalente inglês, que, se nunca chegou a vingar no direito geral dos contratos, teve melhor sorte no domínio mais restrito, primeiro dos seguros marítimos, e mais tarde dos seguros em geral (cfr., por exemplo, as pp. 216-217). Sobre os negócios de confiança, veja-se, contudo, entre nós, embora sem referência ao seguro, CARNEIRO DA FRADA, *Confiança*, pp. 544-559. O autor encontra a sua base no art. 762.º/2 CC. Sustenta que «o facto de a disposição impor, no plano formal, uniforme e genericamente a observância da boa fé no cumprimento das obrigações não tolhe, na sua elasticidade gradativa, que contemple também as hipóteses em que a fasquia do comportamento exigível se apresenta como *qualificada* em relação àquilo que ordinariamente se reclama no seu âmbito» (pp. 551-552). No regime jurídico dos seguros, não vejo mostras de uma fasquia mais elevada do que na generalidade dos contratos.

1166 Comentado em *Vendor's Promise* (anón.), p. 494. Cfr. ainda *State ex rel. Duffy, Attorney General v Western Auto Supply Co.* (1938). Tratava-se de um caso de uma garantia relativa aos pneus fornecidos contra toda a espécie de peripécias com excepção de destruição ou desaparecimento causados pelo fogo. Comentado em *Warranty of Goods* (anón.), pp. 238-239; e *Warranties of Merchandise*, pp. 117-124, onde se salienta a variedade e falta de coerência entre os vários critérios utilizados em decisões judiciais em

Parece-me que nestes casos será importante, noutra linguagem, saber se o risco se relaciona com a esfera de actuação do alegado segurador – designadamente, se respeita às características do bem ou serviço por si fornecido – e não tanto com a questão, desta certamente derivada, da informação. Por exemplo, num contrato de transporte, se o transportador cobra um montante adicional para garantir a chegada dos bens ao destino, não se trataria de seguro, porque, mesmo tratando-se de riscos que não lhe sejam legalmente imputáveis, é ele que tem o controlo físico sobre os bens, e poderá esforçar-se para que o evento danoso não ocorra, mas se o contrato de transporte é celebrado conjuntamente com um outro contrato, desta feita celebrado com um terceiro segurador, alheio ao transporte, nesse caso já estaríamos perante um contrato de seguro.¹¹⁶⁷

Pense-se ainda no caso de um contrato com uma empresa impermeabilizadora de sofás que concede aos seus clientes uma garantia de dez anos contra manchas. Este é um exemplo de charneira. É certo que o preço a pagar é o do serviço de impermeabilização, mas parece que o valor que realmente se adquire é muito mais o da garantia que, simplesmente porque existe, afasta para um segundo plano a própria impermeabilização, que deixa de interessar aos clientes como um bem autónomo, em si mesmo considerado, por comparação com o bem, muito mais interessante, da segurança de que irão ter um sofá livre de manchas durante pelo menos dez anos, quer estas nunca cheguem a aparecer, quer apareçam e sejam em seguida eliminadas pela empresa. Mesmo que

matéria de distinção entre uma garantia de qualidade do produto e um contrato de seguro. Note-se a crescente tendência dos fornecedores de bens e prestadores de serviços, designadamente mas não apenas os fabricantes de pneus, para incluírem nas respectivas cláusulas contratuais gerais garantias como as denominadas *road hazard*, que, de acordo com este critério, corresponderiam sem dúvida a seguros. DENENBERG, *Legal Definition*, pp. 321-322, comenta que, de acordo com uma sondagem em cujos resultados se baseia, os reguladores de seguros e agentes no mercado parecem seguir em direcção totalmente oposta à até à data seguida pelos tribunais norte-americanos, não tendo grandes dúvidas em rejeitar a qualificação de tais garantias como seguros. O autor sublinha que, no que respeita à delimitação dos seguros, a teoria e a prática andam de costas voltadas em toda uma série de matérias. Deste artigo resulta ainda que, para efeitos de direito da supervisão de seguros, também os tribunais se mostram muito relutantes em reconhecer a natureza de seguros de muitos destes casos de charneira.

1167 ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 63 e 69, distingue o seguro da cláusula de garantia, dando o exemplo da assunção, pelo transportador, do risco de deterioração ou perda do objecto transportado, e refere ainda a possibilidade de um contrato misto de seguro e de compra e venda, em que o primeiro seria uma figura afim do seguro e não um seguro propriamente dito. Cfr. ainda *Nelson v Board of Trade* (1901). Uma companhia de chá prometera a todas as suas clientes casadas que, ficando elas viúvas, se se tivesse dado o caso de terem comprado pelo menos meia libra de chá por semana nas cinco semanas anteriores à morte dos respectivos maridos, a companhia pagar-lhes-ia durante o remanescente das suas vidas uma renda semanal de dez xelins. O tribunal determinou que se tratava de um seguro de vida.

conseguimos separar ambas as atribuições – impermeabilização e garantia – a verdade é que as manchas tendem a aparecer devido a ocorrências posteriores e estranhas ao acto de impermeabilização, sendo este um caso de fronteira porque poderia sempre argumentar-se que a impermeabilização deveria ser eficaz contra todas as manchas – caso em que se trataria de mera especificação – e não garantia – do objecto contratual.

De tudo isto julgo importante reter que, na grande maioria dos casos em que a questão foi discutida em tribunal, a problemática da qualificação de determinada cláusula como um seguro se relacionava com a questão da aplicabilidade, ao alegado segurador, do direito institucional dos seguros. Nesse domínio, justifica-se alguma contenção, sob pena de se estender *ad absurdum* o universo dos agentes económicos sujeitos à supervisão da entidade reguladora do sector. Semelhante contenção já não tem razão de ser no domínio do direito contratual dos seguros. Muito pelo contrário, sobretudo desde a entrada em vigor da novíssima lei do contrato de seguro, que pela primeira vez dotou o nosso ordenamento jurídico de um regime jurídico razoavelmente completo desta figura contratual, poderá haver razões ponderosas para estender a sua aplicabilidade, pelo menos parcialmente, aos contratos mistos com cláusulas materialmente qualificáveis como seguros – cláusulas de assunção de riscos não relacionados com a esfera de actuação daquele que podemos qualificar como segurador.¹¹⁶⁸

Contemplemos agora a questão inversa, de saber se faz sentido integrar o contrato de seguro no seio do que poderá chamar-se a categoria dos «contratos de garantia». A noção ampla de contrato de garantia autónoma acima dada constitui uma primeira aproximação a esta categoria.¹¹⁶⁹ É todavia com base na definição ainda mais ampla de «garantia», aglutinadora das várias acepções em que a palavra é usada em direito, que o conjunto dos «negócios jurídicos de garantia» é delimitado por FERREIRA DE ALMEIDA.¹¹⁷⁰

«São negócios de risco, não um risco procurado (...), mas um risco previsto e acautelado, isto é, um risco prevenido que confira segurança ao seu beneficiário».¹¹⁷¹

1168 Cfr. *supra* n. 32 e o texto junto à n. 766.

1169 Cfr. a definição *supra* no texto junto à n. 1131.

1170 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 557-561. Cfr. a definição *supra* no texto junto à n. 1122.

1171 FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, p. 557. O autor observa ainda que alguma doutrina os considera uma categoria dos negócios de segurança (ou previdência). Os negócios jurídicos de garantia são, analiticamente, «negócios jurídicos cuja finalidade é suprir a frustração de um direito ou de uma

O termo «garantia» é aqui usado como sinónimo de previdência ou segurança. Vimos que há uma diferença primordial, dentro dos contratos aleatórios, entre os contratos de jogo, em que as partes, tipicamente, criam um risco inexistente antes do contrato e, também tipicamente, só realizam o seu interesse com a percepção da prestação, normalmente incerta, ou pelo menos de montante incerto, e os contratos, como o de seguro, que visam neutralizar ou minimizar – fazer face a – um risco exógeno, anterior e independente do contrato, em que o interesse do segurado começa a realizar-se desde o primeiro momento de vigência do contrato, e em que este adquire de imediato, por mero efeito do contrato, uma utilidade imediata que extravasa o conteúdo da prestação eventual: uma atribuição decorrente da celebração do contrato e que, logo nesse momento, tem um valor actual distinto do valor eventual correspondente à indemnização.¹¹⁷²

No momento da contratação, o seu valor actual é distinto do valor eventual correspondente à indemnização, em primeiro lugar, porque teremos, como seu ponto de partida, comum a todos os contratos aleatórios, não o valor da indemnização, mas o produto do seu valor – ou valores, se o montante for incerto – pela probabilidade do seu pagamento.¹¹⁷³ Em segundo lugar, e ao contrário do que acontece com o jogo, o valor actual dessa atribuição é distinto – é superior – ao valor eventual correspondente à indemnização, porque as circunstâncias em que se torna devida a prestação são precisamente aquelas em que esta é necessária. Os vinte e cinco por cento de hipóteses de percepção da indemnização, suponha-se, não são quaisquer vinte e cinco por cento de hipóteses – são exactamente aqueles em que a ocorrência do sinistro dá lugar ao surgimento de uma necessidade, ou seja, são aqueles em que o segurado mais deseja receber a prestação.¹¹⁷⁴

expectativa, através da afectação preferencial de uma determinada coisa ou direito ou da promessa de uma prestação, satisfazendo, de modo substitutivo ou alternativo, as consequências desfavoráveis para outrem de um evento futuro e incerto» (p. 560).

1172 Cfr. *supra* o texto junto à n. 885.

1173 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 315-320, sublinhava que também no jogo – como em todos os contratos aleatórios – haveria a criação de uma posição de expectativa jurídica a que correspondia uma atribuição – disso não há dúvidas. Simplesmente, se excluirmos os aspectos puramente lúdicos do jogo, o valor dessa atribuição depende unicamente do montante da prestação e da probabilidade do evento que a tornará devida, enquanto no contrato de seguro há criação de um valor acrescentado, com a satisfação do interesse do segurado.

1174 Neste sentido, DONATI, *Trattato II*, p. 45.

Na primeira espécie de contratos, há unicamente um interesse na prestação eventual, enquanto que na segunda espécie de contratos o interesse está sobretudo na eventualidade da prestação.¹¹⁷⁵ A função seguradora encontra o seu instrumento de realização na estrutura aleatória da relação entre o risco exógeno e o risco endógeno ao contrato: a satisfação de uma necessidade meramente eventual com uma prestação meramente eventual.¹¹⁷⁶ A esta utilidade acrescida chamou-se atrás o bem segurança.

A mesma crítica que se apontou à categoria dos contratos de risco não procede no domínio, mais restrito, da categoria dos contratos de previdência ou de garantia. Disse há pouco que faria sentido unir, numa única categoria, todos os contratos que tenham por função lidar com um risco exógeno, anterior e independente do contrato. Esta ideia não é nova. Está na origem da categoria dos chamados negócios de previdência (*Sicherungsgeschäfte*). Em meados do séc. XIX, foi concebida a categoria dos «negócios jurídicos para a previdência contra uma desvantagem futura».¹¹⁷⁷ A categoria foi mais tarde retomada e desenvolvida por alguma doutrina.¹¹⁷⁸ BOETIUS, por exemplo, sustentou que haveria um conjunto de contratos, como o seguro e a fiança, mas também o contrato de garantia autónoma, de que se ocupou em especial, que teriam como «causa» uma finalidade de previdência (*Sicherungszweck*).¹¹⁷⁹ Entendia poder denominá-los,

1175 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, p. 247-248, citado *supra* n. 1120. Usa afirmar-se que os chamados contratos de previdência se distinguiriam dos restantes contratos aleatórios, do ponto de vista do interesse, porque nestes últimos o contraente teria interesse na ocorrência do evento de que depende a exigibilidade da prestação, enquanto nos outros isso não aconteceria, na medida em que ao evento estão associadas certas desvantagens. SCALEI, *Assicurazione Danni*, p. 79. Mas é claro que o evento pode ser, em si mesmo considerado, uma ocorrência feliz ou infeliz, o que em nada afecta a natureza de um contrato como o seguro. Necessário será apenas, como vimos, que este seja potencialmente gerador de uma necessidade. Cfr. *supra* o texto junto à n. 124.

1176 DONATI, *Trattato I*, pp. 8 e 16; e *Trattato II*, p. 12, observava que o aforro não seria a melhor forma de lidar, economicamente, com uma necessidade eventual, visto que o esforço económico poderia ser demasiado, ao implicar o sacrifício de outras necessidades, essas presentes, em benefício de uma necessidade que poderia não chegar a materializar-se, constatando-se então a inutilidade do sacrifício. A melhor forma de fazer face a uma necessidade eventual seria, por conseguinte, o ajustamento, a custo parcial, da promessa de uma prestação eventual – o seguro – que oferece a satisfação certa de uma necessidade eventual, ao custo mais conveniente, ou melhor, a satisfação certa de uma necessidade presente certa, de previdência em vista de uma necessidade eventual. A possibilidade de satisfação das necessidades eventuais a custo parcial é fundamental na economia de mercado em que vivemos. PETAUTON, *Opération*, p. 428.

1177 *Geschäfte zur Sicherung gegen künftige Nachtheile*. Quem primeiro classificou nesta categoria o seguro, juntamente com a fiança, foi v. GERBER, *System* (1848), pp. 556-567.

1178 É o caso de REUSSER, *Garantievertrag*, p. 7; de FLUME, *Rechtsgeschäft*, pp. 155-156; e de FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 668-682. Entre essa doutrina sobressai, contudo, o *Garantievertrag* de BOETIUS (1966).

1179 BOETIUS, *Garantievertrag* (1966), p. 32, observava que a assunção de uma garantia tinha por fim «libertar o seu destinatário do fardo da incerteza». «Ao fim de eliminar no presente o risco de eventualidades futuras chamamos "fim de previdência" (*Sicherungszweck*) ou "causa de previdência"

conjuntamente, como contratos de previdência (*Sicherungsverträge*).¹¹⁸⁰ Outros autores referiram-se antes à categoria dos contratos ou negócios jurídicos de garantia ou com função de garantia. E houve quem usasse, indistintamente, ambas as designações.¹¹⁸¹ Independentemente da terminologia preferida, vários autores entenderam que as necessidades futuras se traduzem numa necessidade presente distinta: a necessidade de dispor dos meios para fazer face àquelas se e quando se apresentarem. Essa necessidade, própria dos seres humanos, designar-se-ia genericamente «previdência».¹¹⁸² A sua satisfação faz-se mediante a obtenção do que podemos chamar uma «garantia de satisfação das necessidades futuras». A diferença terminológica é de perspectiva.

A afirmação de que a categoria dos contratos de previdência ou de garantia reúne todos os contratos que se destinem a lidar com um risco exógeno, anterior e independente do contrato, carece de uma precisão. É que os contratos de garantia não se unem pela estrutura, ao contrário do que decorreria da sua arrumação como subcategoria da «função» de risco, na sistematização de FERREIRA DE ALMEIDA.¹¹⁸³ Na verdade, a categoria dos contratos de garantia define-se, não pela estrutura que relaciona as várias atribuições das partes, mas apenas por um dos lados da relação – no caso do seguro, o lado do segurador, na medida em que a caracterização funcional diz respeito à sua atribuição característica: a cobertura. No caso da fiança, a atribuição característica é a do fiador. De uma forma geral, nos contratos de previdência ou de garantia, a atribuição do garante.

(*Sicherungs-cause*).» Cfr. ainda, do autor da teoria da previdência, HUPKA, *Begriff* (1910), pp. 561-588. A propósito do contrato de seguro, o autor referia-se, similarmente, a um «motivo de previdência» (*Sicherungsmotiv*). Cfr. ainda, na mesma linha, SCALFI, *Corrispettività*, pp. 190-191; e *Assicurazione*, pp. 341-342 (cfr. *supra* n. 815).

1180 Em Portugal, SINDE MONTEIRO, *Reparação*, p. 37, afirma que o seguro é, por natureza, um instrumento de segurança, definindo-o, do ponto de vista funcional, como uma «venda de segurança em proveito da acção». O autor segue PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 12-14. Também a nossa lei se refere ocasionalmente à garantia proporcionada pelo seguro. Cfr., por exemplo, os arts. 87.º/3, 138.º/1, 139.º/1 e 3, 150.º/2, 152.º/1, 153.º/1, 169.º e 179.º LCS. Em França, a expressão «*obligation de garantie*» é, por vezes, usada como sinónimo da expressão «*obligation de couverture*». Neste sentido, NICOLAS, *Risque*, pp. 642-644. Cfr. ainda o art. L.112-4 CAfr, que, entre as menções que devem constar do contrato de seguro, inclui «o momento a partir do qual o risco é garantido e a duração desta garantia». Já vimos que estas não são rigorosamente qualificáveis como obrigações. Para uma crítica à falta de rigor das expressões «*obligation de couverture*» e «*obligation de garantie*», cfr. *infra* n. 1301.

1181 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 150 (segurança) e 176 (garantia).

1182 DONATI, *Trattato I*, p. 5. Já o dizia GOBBI, *Assicurazione*, p. 34: «A previdência faz passar uma necessidade de um momento futuro para um presente». Esta questão relaciona-se com a circunstância de, na perspectiva do segurado que contempla o risco de um impacto económico negativo, o sofrimento de que ele pretende libertar-se, contratando o seguro, se sentir por antecipação. Cfr. *supra* nn. 329 e 815.

1183 Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 344, 498-500 ou 519-521. Também MENEZES LEITÃO, *Garantias*, p. 142, recorre a esta ideia, ao dizer que o contrato de garantia autónoma é um «negócio causal na medida em que comporta em si uma função económico-social própria: a função de garantia».

Visto que em todos os casos se trata de gerir um risco exógeno e independente do contrato. Para simplificar, podemos até chamar «cobertura» a esta atribuição, qualquer que ela seja, em todos os contratos de previdência ou de garantia, quer se trate ou não de seguros, adoptando agora o termo num sentido mais amplo do que fizera até este ponto do escrito. Isto para sublinhar as fortes afinidades entre todos estes contratos.

Por isso encontramos nesta categoria exemplos, quer de contratos gratuitos, quer de contratos onerosos. O que significa que, quando se discute «a função» do contrato de seguro, o que na verdade se discute é, como acima disse, a função, não da relação de seguro, mas da atribuição do segurador isoladamente considerada, e, por isso mesmo, a palavra «função» é aqui usada num sentido necessariamente muito diferente do de FERREIRA DE ALMEIDA.¹¹⁸⁴

5.3. Relação contratual duradoura

Para além de ser um contrato sinalagmático aleatório, o contrato de seguro também cria, típica mas não necessariamente, uma relação contratual duradoura. Por relação contratual duradoura entendo a relação que integra, pelo menos, uma atribuição duradoura. Não basta que a relação se prolongue no tempo – necessário se torna ainda que a passagem do tempo seja *constitutivamente* relevante, influenciando no próprio *conteúdo* da atribuição.¹¹⁸⁵

A doutrina restringe o domínio das relações contratuais duradouras, tradicionalmente, às relações que integrem, pelo menos, uma obrigação duradoura.¹¹⁸⁶ De uma maneira geral, faz coincidir a ideia de duração com o prolongamento do cumprimento de uma obrigação, distinguindo entre as prestações duradouras continuadas ou periódicas, e sublinhando que o decurso de tempo é determinante do conteúdo e extensão e não

1184 Cfr. *supra* o texto junto à n. 509.

1185 Que a atribuição esteja «dividida» pela sua duração: que seja «*maior* ou *menor* consoante o tempo que decorra entre a sua constituição e extinção». PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 15. O autor explica que o mesmo vale para a possibilidade de um efeito jurídico em que consiste a cobertura nos contratos de seguro. Cfr. ainda o que dizem PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 8-9 (texto junto às nn. 17-19), a propósito do contrato de mútuo oneroso (outro exemplo de contrato sinalagmático constitutivo de uma relação contratual duradoura).

1186 Cfr., por exemplo, C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 659-662. O conceito aqui proposto não difere, na essência, do adoptado pelo autor, salvo no que respeita ao seu alargamento ao domínio da atribuição. «As obrigações duradouras (...) não são criadas em vista da sua extinção, mas em vista da sua duração, da sua existência no tempo. (...) [P]ara o credor, quanto mais durarem, tanto melhor.» (p. 661). Substituindo o termo «obrigação» pelo de «atribuição» e o termo «credor» pelo de «atributário», podemos aplicar a afirmação conceito aqui adoptado de relação contratual duradoura.

apenas do momento de realização da prestação.¹¹⁸⁷ A minha definição é a mesma, salvo no que respeita ao alargamento resultante da substituição de «prestação» por «atribuição». Este alargamento do conceito de relação contratual duradoura é uma decorrência do alargamento do conceito de sinalagma e, como este último, vê-lo-emos em seguida, também encontra a sua justificação no respectivo regime jurídico. Em acréscimo, o alargamento permite-nos compreender que, nalguns casos, que não em todos, as prestações devem qualificar-se como periódicas e não como fraccionadas precisamente pela circunstância de remunerarem uma atribuição duradoura, sendo também esta, e não somente ou sequer principalmente as próprias prestações periódicas, que pede a aplicação do regime jurídico das relações contratuais duradouras.

A integração do contrato de seguro entre os que dão azo a relações contratuais duradouras não seria problemática para os defensores da teoria da suportação do risco.¹¹⁸⁸ Rejeitando-se essa teoria, como o fiz, não posso falar numa obrigação duradoura, na modalidade de execução continuada, porque a suportação do risco não é uma prestação, mas a verdade é que o seguro é um contrato em que a passagem do tempo é constitutivamente relevante. A própria lei o reconhece.¹¹⁸⁹ A cobertura do seguro corresponde a uma atribuição duradoura, de realização continuada, visto que o seu conteúdo e extensão se delimitam em função do tempo. Disse que o contrato de seguro também cria, típica mas não necessariamente, uma relação contratual duradoura, porque, embora seja normalmente esse o caso, são concebíveis situações distintas. Pense-se, por exemplo, no sujeito que, pretendendo experimentar uma vez na vida a sensação de saltar de paraquedas, celebra um seguro de vida ou de acidentes pessoais apenas para cobrir eventuais consequências negativas desse único salto. A cobertura seria neste caso uma atribuição instantânea.

Não longe desta concepção, alguma doutrina italiana formula o conceito dizendo que o contrato de execução continuada é aquele em que não é o tempo que é estabelecido em função da prestação mas esta que é estabelecida em função do tempo e que, como tal, a

1187 Cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações I*, pp. 81-90; MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 137-140; e ROMANO MARTINEZ, *Cessação*, pp. 229-230.

1188 Veja-se, por exemplo, BIGOT, *Traité III*, pp. 56-59.

1189 Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 139.º LCS. E ainda as numerosas referências legais ao cálculo do prémio *pro rata temporis* (arts. 17.º/3, 26.º/3, 106.º/3, 107.º/2, 118.º/6/a) e 205.º/3 LCS). No regime anterior, cfr. o art. 426.º CCom: «A apólice de seguro deve (...) enunciar (...) o tempo em que começam e acabam os riscos».

relação se extingue, não com um acto de cumprimento, mas com o decurso do tempo. Seria da «função» deste contrato que se retiraria esta qualificação, e não da prestação do segurador, que em si mesma considerada seria de execução instantânea. A «função» de satisfazer uma necessidade de previdência do segurado não se explicaria no momento do sinistro mas antes em toda a duração do contrato.¹¹⁹⁰ Sustenta-se que o contrato de seguro é um *contratto di durata* porque o interesse contratual do segurado, no contrato de seguro, não coincide com o interesse na prestação.¹¹⁹¹ No acto de celebração do contrato pode ainda não haver interesse na prestação e há certamente um interesse contratual na garantia. Um interesse contratual duradouro, continuado, um interesse na duração – em suma, faltaria acrescentar, um interesse na atribuição a que chamamos cobertura. Seria essa a razão da não retroactividade da cessação, designadamente, em caso de não pagamento dos prémios.¹¹⁹²

Alguma doutrina de expressão germânica ocupou-se, de um modo similar, da questão de saber se a relação de seguro seria uma relação duradoura. Não poderá chegar-se a esta qualificação partindo da definição da relação jurídica dada por ESSER ou por LARENZ, que a reconduzem à existência de uma prestação duradoura.¹¹⁹³ Há, todavia, quem avance que, em vez de se olhar simplesmente para a prestação, deve olhar-se para a duração da «função» da relação jurídica. Sustenta-se que, antes de mais, se vê no modo de cálculo do prémio que o factor tempo é aqui constitutivamente relevante, visto que, para contar como verificação da condição, a ocorrência do sinistro deverá ter lugar dentro de um determinado intervalo de tempo, correspondente à duração da protecção – da cobertura – sendo o montante correspondente ao prémio divisível em função dessa duração.¹¹⁹⁴

Tem alguma difusão na doutrina, sobretudo germânica e italiana, e não só entre os partidários da teoria da suportação do risco, a qualificação do contrato de seguro como um contrato de execução continuada.¹¹⁹⁵

1190 Neste sentido, DONATI, *Trattato II*, pp. 42-44.

1191 Há unicamente um interesse na prestação eventual, enquanto na segunda espécie de contratos o interesse está sobretudo na eventualidade da prestação. Cfr. *supra* o texto junto às nn. 1120 e 1175.

1192 GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 320-339. Cfr. ainda SCALFI, *Assicurazione*, p. 344. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1225.

1193 ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I-I*, pp. 256-257; e LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 29-33. ESSER, *Schuldrecht*, p. 706, afirmava, todavia, que a relação de seguro era uma relação duradoura.

1194 SCHMIDT-RIMPLER, *Gegenseitigkeit*, pp. 65-68.

1195 Para além dos autores já mencionados, cfr. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 111 m. 46; e WERBER/WINTER, *Grundzüge*, p. 17, para quem, com o desenvolvimento da teoria da suportação do

Entendo que o contrato de seguro deve ser qualificado como um contrato de execução continuada. O termo «execução» foi certamente usado a pensar no cumprimento de obrigações. O verbo «executar» invoca decerto a ideia de um comportamento humano – de uma prestação. Todavia, dir-se-ia que o nome da figura é infeliz, e teria sido mais avisado falar apenas em relações contratuais duradouras ou em «contratos de duração», como acontece no direito italiano, na medida em que o respectivo regime se encontra inadequadamente delimitado se seguirmos à letra a expressão constante da nossa lei. Pense-se no problema da retroactividade ou não retroactividade da resolução.¹¹⁹⁶ Ou nas consequências da falta de cumprimento da respectiva contraprestação.¹¹⁹⁷ Assim como na identificação de um sinalagma, para efeitos da aplicação do regime dos contratos sinalagmáticos, também na identificação de uma relação contratual duradoura, para

risco, o contrato de seguro passaria a ser visto como uma relação obrigacional duradoura. Fora do domínio dos defensores da teoria da suportação do risco, cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 1 p. 76 m. 17. Em Itália, cfr. BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 459-461 e 469, para quem o seguro seria um contrato de execução continuada porque se destinaria a satisfazer um interesse duradouro do segurado, mediante o cumprimento de uma obrigação continuada, porque a garantia e a segurança fornecidas pela seguradora durariam por toda a duração do contrato. E GASPERONI, *Assicurazione*, p. 29. Em França, cfr. JOSSERAND, *Droit Civil*, p. 814. Em Espanha, URÍA, *Derecho Mercantil*, p. 750, qualifica-o como um «contrato de *tracto sucesivo*» porque o seu conteúdo não se esgota com a realização de uma prestação única mas antes em prestações sucessivas. Entre nós, veja-se CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 500-501; GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 275; BRITO CORREIA, *Seguro*, c. 718; VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 107; ou RITA FERREIRA DA SILVA, *Resp. Civil Geral*, p. 185. Cfr. *infra* n. 1196.

1196 Cfr. os arts. 434.º/2 e 277.º/1 CC. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, pp. 410-411, davam como exemplo de um contrato de prestação continuada ou periódica – não sendo claro qual das duas possibilidades consideravam apropriada ao exemplo – o contrato de seguro. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 92, depois de explicar que as prestações instantâneas eram aquelas em que o comportamento do devedor se esgota num só momento ou num período de tempo de duração praticamente irrelevante, continuava: «Não sucede assim com as obrigações fundamentais ou típicas (...) do segurador (...). Nestas relações, a prestação protela-se no tempo, tendo a duração temporal da relação creditória influência decisiva na conformação global da prestação. Chama-se-lhes, por isso, obrigações duradouras». O autor pensava claramente na cobertura. Deste trecho resulta que subscrevia a teoria da suportação do risco. Cfr. ainda p. 93 n. 4 («a assunção permanente do *risco* coberto pelo seguro»). Pela localização sistemática desta nota, o autor parecia qualificá-la como uma prestação de facto negativo. Cfr. ainda, no mesmo sentido, C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 661-662. Ora, tendo-se acima demonstrado que não temos aqui uma obrigação ou uma prestação, mas uma atribuição diversa, a conclusão do autor nem por isso deixa de se aplicar ao nosso caso, visto que a cobertura se protela efectivamente no tempo, tendo a duração temporal da relação contratual influência decisiva na conformação global da atribuição.

1197 Cfr. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 95-97; ou C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 661-662. Notam os autores que a falta de pagamento de uma das fracções da prestação dividida ou fraccionada provoca em regra o vencimento imediato das restantes (arts. 781.º e 934.º CC). Acrescentam que este regime não se concebe relativamente à contraprestação de uma obrigação duradoura, atenta a sua estreita conexão com o decurso do tempo. Um exemplo dado é o da falta de pagamento da renda de um dado mês, que não confere ao senhorio o direito de exigir o imediato pagamento das rendas correspondentes a todos os meses ainda não decorridos até ao termo de vigência do contrato de arrendamento. Contudo, pode dizer-se exactamente o mesmo acerca da falta de pagamento de um prémio de seguro. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1245.

efeitos da aplicação do respectivo regime, deverão interessar-nos todas as atribuições das partes, e não apenas as obrigações.¹¹⁹⁸ É patente que os problemas da retroactividade ou não retroactividade da resolução e das consequências da falta de cumprimento da respectiva contraprestação – ou porventura «contra-atribuição» – são próprios, não apenas dos contratos em que se estipulem prestações duradouras, mas em geral de todos aqueles em que se estipulem atribuições duradouras, o que se torna particularmente óbvio se contemplarmos o exemplo do contrato de seguro. Vê-lo-emos mais claramente já de seguida.

5.4. Demonstração: o regime legal do contrato de seguro

Porquê alargar o conceito de sinalagma a todos os contratos com troca de atribuições, entre os quais alguns contratos aleatórios, e alargar o conceito de relação contratual duradoura aos contratos com pelo menos uma atribuição duradoura, de realização continuada, aplicando ao contrato de seguro o regime legal dos contratos sinalagmáticos de execução continuada? Porque uma grande parte do regime dos contratos sinalagmáticos não pressupõe a reciprocidade de obrigações, ou sequer de prestações, mas apenas a reciprocidade de atribuições. E porque nada no regime dos contratos de execução continuada pressupõe a existência de prestações de duração, mas unicamente a relevância constitutiva da passagem do tempo no contrato, ou seja, a existência de atribuições de duração. Demonstrá-lo-ei com o exemplo do contrato de seguro. Ainda que, em várias situações, o regime geral seja afastado por regime especial próprio, é importante demonstrar que, mesmo nessas situações, o regime especial se explica recorrendo às ideias de sinalagma e de relação duradoura.

5.4.1. O sinalagma

Já vimos que, no ordenamento jurídico português, salvo no que concerne a certas classes de seguros, temos em todo o contrato de seguro um sinalagma em que a prestação de uma das partes é condição de eficácia do contrato e, por conseguinte, precede necessariamente a eficácia da atribuição da outra: o tomador paga primeiro o prémio e só depois tem início a produção de efeitos do contrato e, em especial, a cobertura do

1198 Sobre as particularidades do regime de cessação das relações contratuais duradouras, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Cessação*, pp. 229-243.

seguro.¹¹⁹⁹ Centro-me, de uma forma geral, no modelo contratual subordinado ao «regime especial» para a falta de pagamento do prémio de seguro, por ser o que mais dificuldades gera – o que não significa que não permita identificar facilmente o sinalagma.

O espírito deste «regime especial» serve claramente o propósito da protecção e, mais ainda, da imposição, de uma total e absoluta interdependência, tanto no momento da entrada em vigor do contrato quanto em todos os momentos que se lhe sucedem.¹²⁰⁰ No primeiro momento, a lei nem sequer permite que a cobertura tenha início enquanto não ocorrer o pagamento do primeiro prémio.¹²⁰¹ Nos momentos subsequentes, aplica-se o mesmo raciocínio, visto que a consequência da falta de pagamento de um prémio é a caducidade do contrato na data em que teria início o novo período de seguro ou na data do vencimento, tratando-se de um acerto ou de uma fracção subsequente.¹²⁰² Raras vezes se encontra tamanho vigor legislativo na tentativa de protecção do sinalagma.¹²⁰³

A lei não se limita a proteger o *quid pro quo* em cada momento da relação de seguro. Assegura, supervenientemente, a manutenção da razão de troca entre as atribuições das partes. De outro modo não se explicaria o regime da alteração do risco.¹²⁰⁴ Muito resumidamente, ocorrendo uma diminuição do risco, o segurador deve reflecti-la no

1199 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 909.

1200 Cfr. CLARKE, *Policies*, p. 133.

1201 Cfr. os arts. 59.º e 61.º/1 LCS. Trata-se de disposições «absolutamente imperativas» para os seguros de massa mas que poderão ser afastadas nos seguros de grandes riscos (art. 12.º/1 e 2 LCS). No regime anterior, cfr. o art. 6.º/1 do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 782.

1202 Cfr. o art. 61.º/2 a 4 LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 8.º/1 a 3 e 10.º do DL n.º 142/2000, de 15 de Julho. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 794.

1203 Sobre a protecção do sinalagma específica dos contratos de duração, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1226. É claro, vimo-lo acima, que a protecção do sinalagma não foi o único ou sequer o principal móbil subjacente ao «regime especial» de pagamento dos prémios de seguro. Neste caso, pesou a preocupação de libertar os tribunais dos processos de cobrança de prémios por pagar. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 793.

1204 O regime da alteração do risco consta hoje dos arts. 91.º a 94.º LCS. Ao contrário do que se passou noutros ordenamentos jurídicos, a lei portuguesa não regulava, até há bem pouco tempo, de uma forma genérica e completa, as consequências da alteração do risco, deixando a matéria, em grande medida, à autonomia privada. Ainda assim, existiam algumas disposições que reflectiam esta preocupação. Era o caso dos arts. 446.º e 459.º CCom. Estes preceitos legais regulavam (i) as consequências de a coisa segura ser dado outro destino ou lugar relativamente ao estipulado no contrato; (ii) as consequências das mudanças de profissão, de estado e de modo de vida por parte da pessoa segura. Se fossem tais que, sendo originárias, houvessem determinado, se conhecidas, a recusa da celebração do contrato ou a celebração do contrato em condições distintas, conferiam ao segurador o direito de resolver o contrato. A lei falava impropriamente na «anulação» do contrato, mas no primeiro artigo tratava-se de caducidade do contrato e no segundo de um direito de resolução do contrato, conferido ao segurador em ambos os artigos. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 629-632. Cfr. ainda o art. 608.º CCom.

prémio do contrato. Não havendo acordo das partes quanto ao montante da redução do prémio, o tomador tem o direito de resolver o contrato.¹²⁰⁵ Ocorrendo um agravamento do risco, o tomador deve comunicá-lo ao segurador, que tem o direito de propor a correspondente modificação no contrato, ou de o resolver, se o agravamento for de tal ordem que o segurador consiga provar que em caso algum cobre riscos com as características do risco agravado.¹²⁰⁶ Por fim, regulam-se as consequências da ocorrência de um sinistro antes de terminado o procedimento prescrito, chegando a prescrever-se uma redução da indemnização, na proporção entre o prémio efectivamente cobrado e aquele que seria devido em função das reais circunstâncias do risco, se o agravamento não tiver sido correcta e tempestivamente comunicado antes do sinistro.¹²⁰⁷

Contudo, deverá ter-se algum cuidado na interpretação destes preceitos legais. Nesta questão da manutenção da proporção entre as atribuições das partes, há que traçar a fronteira entre as perturbações externas ao contrato e as que afectam o seu texto.¹²⁰⁸ Pense-se no exemplo de um seguro de vida. O cálculo do prémio poderá depender, em maior ou menor grau, das informações fornecidas pelo tomador, nomeadamente sobre as actividades profissionais ou extraprofissionais habitualmente desenvolvidas pela pessoa segura. O montante final do prémio será distinto nos casos de um bombeiro e de um contabilista. E serão ainda tidas por relevantes, designadamente, caso não sejam objecto de exclusão, circunstâncias como a prática de desportos radicais por parte da pessoa segura. Isto significa que, no contrato de seguro, estas declarações iniciais fazem parte da configuração do próprio risco coberto, de modo que, em caso de alteração, o facto, por exemplo, de o contabilista decidir desistir da sua carreira em busca da realização do sonho de se tornar bombeiro sapador, não configura apenas uma alteração de circunstâncias exteriores ao contrato, *i.e.*, da chamada base do negócio, na expressão da nossa lei, com origem alemã. Essa alteração configura uma modificação da realidade cuja descrição faz parte do próprio texto contratual. Como tal, não podendo normalmente

1205 Art. 92.º LCS.

1206 Art. 93.º LCS.

1207 Art. 94.º LCS.

1208 A lei dispõe que o regime de agravamento do risco não se aplica aos seguros de vida. Cfr. o art. 190.º LCS. Contudo, do que se dirá em seguida pode retirar-se que isso não significa a total irrelevância de um eventual agravamento do risco na vigência do contrato, em moldes tais que configurem uma modificação da realidade cuja descrição faz parte do próprio texto contratual. Não se aplicando os referidos preceitos legais, terá de averiguar-se, caso a caso, que consequências assacar de uma ponderação do sistema no seu conjunto. Melhor a regra constante do art. 215.º/a) LCS.

dizer-se que a pessoa segura estava obrigada a manter o *status quo* descrito, pode no entanto afirmar-se que a alteração ocorrida *altera a atribuição do segurador*, de modo que, pelas regras gerais do sinalagma, se impõem o ajustamento do montante do prémio a pagar em troca da protecção do seguro, ou mesmo o reconhecimento, ao segurador, do direito de resolver o contrato.¹²⁰⁹

Esta conclusão carece de um acto prévio de interpretação, visto que nem todas as alterações influirão na realidade cuja descrição faz parte do próprio texto contratual. Algumas corresponderão antes a perturbações externas, cuja regra geral, não obstante a letra da lei, é a da *irrelevância*, salvo na medida em que o contrário resultar da concretização do princípio da boa fé que configura o regime da alteração de circunstâncias de que trata o art. 437.º CC.¹²¹⁰ Pense-se, por exemplo, num tomador que celebra um seguro de danos próprios relativo ao seu veículo. Entre outras circunstâncias, encontra-se coberto o risco de furto. Passados uns tempos, chega ao seu conhecimento a verificação de um grande aumento dos furtos de veículos na zona em que reside. É evidente que o tomador não está obrigado a levar este novo dado estatístico ao conhecimento do segurador, como não estava inicialmente obrigado a divulgar, na declaração inicial do risco, a informação estatística a que pudesse ter acesso aquando da celebração do seguro. E no entanto este exemplo enquadrar-se-ia plenamente numa interpretação literal do art. 93.º/1 LCS. O preceito deve interpretar-se no sentido de que o tomador não tem o dever de informar o segurador de circunstâncias que, sendo

1209 Não pode, de facto, afirmar-se que tais mudanças correspondem a uma violação do contrato por parte do segurado ou da pessoa segura. É evidente que em caso algum a pessoa segura se vincula, por exemplo, a manter a mesma profissão, estado, modo de vida, durante a vigência do contrato. Trata-se apenas de proteger o segurador das consequências de um acto lícito do segurado ou da pessoa segura. Visto tratar-se de algo de atinente à esfera de risco do segurado ou da pessoa segura, entende-se que não deve ser o segurador a suportar as consequências de tais mudanças. Não tinha razão, por conseguinte, CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 530, quando afirmava que a cláusula *rebus sic stantibus* «se presumia» sempre no contrato de seguro, desobrigando o segurador em caso de «infracção». Daqui resultaria o «princípio geral» de que «o risco não pode ser transformado ou agravado, durante o contrato, pelo segurado». Não era rigoroso ver aqui um dever do segurado ou da pessoa segura. Tratar-se-ia, quando muito, de um ónus. Esta concepção tinha na base o pressuposto de que, se algo acontecesse, ou respeitava a uma obrigação contraída pelo tomador – a algo que pudesse ser-lhe imputado – ou, assim não sendo, nada poderia alterar-se no seguro, sofrendo o segurador as consequências da alteração. Sobre esta concepção, actualmente afastada, cfr. *infra* n. 1213.

1210 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1221.

conhecidas na data de celebração do contrato, não estivesse obrigado a mencionar na sua declaração inicial do risco.¹²¹¹

Por outro lado, há alterações do risco de tal modo radicais que, para melhor as distinguir das que conduzem à aplicação deste regime, melhor será chamar-lhes «transformações do risco». Se é celebrado um contrato de seguro de incêndio sobre um edifício identificado como destinado a habitação, e a dada altura esse edifício é convertido numa fábrica, não há aqui um agravamento do risco mas antes a sua transformação, no sentido de troca de um risco por outro, significando isso a extinção do risco seguro e, por conseguinte, do contrato de seguro, por falta de objecto.¹²¹²

Por fim, ainda que as alterações em causa não devam antes qualificar-se como transformações do risco, e tão-pouco configurem perturbações externas, será preciso distinguir os casos em que o risco de agravamento – do agravamento concretamente em causa e não de um agravamento em abstracto – é estranho ao contrato dos casos em que também ele foi, nalguma medida, assumido pelo segurador por virtude do contrato.¹²¹³

1211 O preceito deve interpretar-se tendo em conta o que já dispõe o art. 91.º/1 LCS. Sobre o regime da declaração inicial do risco, cfr. o art. 24.º LCS.

1212 O exemplo é de EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 114. A distinção entre a transformação e a alteração do risco assume uma maior importância no ordenamento inglês, onde esta última é encarada de um modo bem distinto (cfr. *supra* n. 192). Cfr. MERKIN, *Colinvaux*, pp. 105-113. Esclarece o autor que o *common law* distingue entre os casos em que o risco de sinistro se agrava durante a vigência do contrato e os casos em que a própria natureza do bem seguro se altera: os primeiros não têm impacto no contrato mas os segundos provocam a exoneração automática do segurador (cfr. *maxime* pp. 105-106). O princípio de que o agravamento do risco não afecta o contrato foi estabelecido no caso *Pim v Reid* (1843). Neste caso, um fabricante de papel subscrevera um seguro de incêndio do seu local de trabalho. Seis meses depois, encerrou o seu negócio e aceitou albergar no mesmo local o do seu irmão, que se dedicava ao aproveitamento de desperdícios de algodão – actividade substancialmente mais perigosa do que a primeira. O tribunal entendeu que, na falta de estipulação das partes em contrário, de acordo com os princípios gerais de direito dos seguros, uma mudança de actividade, ainda que não comunicada ao segurador, não obstava à manutenção do seguro. Segundo MERKIN, o princípio aplica-se, inclusivamente, quando o agravamento resulta de um comportamento fraudulento do segurado. Na prática, a severidade deste princípio é muitas vezes atenuada por disposição contratual de sentido diverso. Nada se dispondo sobre a matéria, o segurador terá de aguardar pelo final do período de vigência do contrato para propor que a renovação se subordine a novas condições contratuais. Já no que respeita à transformação do risco, o direito inglês é normalmente mais generoso para o segurador do que os direitos continentais, sendo frequentes as decisões judiciais que a reconhecem, e a consequente extinção do seguro por falta de objecto. Cfr. um exemplo recente em *Swiss Reinsurance Co. v United India Insurance Co. Ltd.* (2005). Regra similar vale para a desconformidade entre a realidade e as chamadas *warranties as to past or present fact*. Quanto a estas últimas, cfr. *supra* n. 201.

1213 CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 629-632, sustentava, a propósito do agravamento do risco, que, quando este era causado por facto de terceiro ou de força maior, constituía um caso fortuito, entrando no elemento aleatório do seguro, e recaindo o respectivo risco inteiramente sobre o segurador. Actualmente, nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, não é bem assim que as coisas funcionam. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 92-93, 101-108 e

Basta pensar no exemplo óbvio do seguro de vida, em que é esperado o agravamento progressivo do risco que acompanha o envelhecimento da pessoa segura.¹²¹⁴

Outra manifestação da finalidade de protecção do sinalagma está nas consequências de uma divergência entre a idade real e a idade declarada da pessoa segura. Consoante a idade, esta dá azo à anulabilidade do contrato ou a uma redução proporcional nos montantes da indemnização ou do prémio.¹²¹⁵ isto porque a cobertura de uma pessoa de uma certa idade é uma atribuição distinta da cobertura de uma pessoa de uma outra idade. Reconhece-se que o prémio fixado é normalmente calculado com base em determinados pressupostos, entre os quais a idade da pessoa segura. A razão de troca resultante do contrato foi na verdade falseada, porque a definição das atribuições se fundou em dados incorrectos. Não havendo afinal uma correspondência entre um elemento do contrato e a realidade em que o contrato se aplica, dispõe-se um ajustamento na execução do contrato para conformá-lo com a realidade.¹²¹⁶

Também destinadas a assegurar a manutenção da proporção entre as atribuições das partes são as chamadas cláusulas de ajustamento do prémio existentes em muitos contratos de seguros.¹²¹⁷ E não nos esqueçamos da regra proporcional.¹²¹⁸ De acordo com

383-389, criticando esta posição, ajuizava que o agravamento do risco não entraria no elemento aleatório do contrato, visto que a álea se reportava ao «risco que conscientemente o segurador assumiu mediante a contrapartida do prémio. O segurador aceita cobrir qualquer sinistro que sobrevenha, mas dentro do condicionalismo previsto no contrato. Alterado este, há que respeitar os legítimos interesses do segurador, que pode resolver o contrato, propor novo prémio ou até aceitá-lo sem modificações» (pp. 92-93). Pode estabelecer-se o paralelo entre a evolução da doutrina a este respeito e, em geral, quanto à possibilidade de tutela dos contratos aleatórios contra alterações de circunstâncias (cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1220). Em ambos os casos, trata-se de distinguir os riscos que foram previstos, aceites e assumidos no contrato dos que as partes nem chegaram a contemplar aquando da celebração do contrato.

1214 Cfr. o art. 190.º LCS. A mesma exclusão foi estabelecida para os seguros de saúde. Contudo, nessa sede se esclareceu que o regime só não se aplicava às alterações no estado de saúde da pessoa segura (art. 215.º/a) LCS).

1215 Cfr. o disposto no art. 189.º LCS. Trata-se de disposição «relativamente imperativa» (art. 13.º/1 LCS). No regime anterior, cfr. o n.º 14 da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro.

1216 Veja-se ainda o disposto no art. 609.º CCom (alterações na carga do navio).

1217 Cfr. LIPPERHEIDE, *Prämienanpassungsklauseln*, pp. 541-547. A existência de cláusulas de ajustamento do prémio é explicada como uma decorrência da relação duradoura a que dá azo o contrato de seguro, estipulando uma dada relação entre o prémio e a protecção durante um determinado intervalo de tempo. Estas cláusulas previnem uma eventual perturbação na relação entre os valores inicialmente estipulados. Cfr. ainda WANDT, *Änderungsklauseln*, pp. III-IV, 21-22 e 132 mm. 53 e 370.

1218 Cfr. o disposto no art. 134.º LCS. Cfr. *supra* o texto junto às nn. 465 e 614. Cfr. o Ac. STJ 07.11.2006. Neste, diz-se que a regra proporcional se relaciona «com o princípio do equilíbrio das prestações, tendendo a fazer equivaler o risco coberto ao prémio efectivamente pago». Vimos, todavia, que um dos termos a considerar é uma atribuição diferente de uma prestação e, mais importante, que não há nenhum equilíbrio estipulado no contrato. Cfr. *supra* o texto a partir da n.

ela, o montante da indemnização em caso de sinistro será proporcionalmente reduzido, nos seguros de coisas, sempre que se verifique ter havido subseguro, ou seja, sempre que se encontre uma divergência, para menos, entre o valor do interesse seguro e o valor do capital seguro. A cobertura de um interesse com um certo valor é uma atribuição distinta da cobertura de um interesse com um outro valor. O sentido desta regra não é outro que o de assegurar a manutenção da proporção entre as atribuições das partes: neste caso, em lugar de se ajustar o prémio por forma a elevá-lo ao valor da cobertura, determina-se que a cobertura funciona como se o interesse seguro tivesse o valor do capital seguro.¹²¹⁹ Note-se que a mesma regra se aplica noutros contextos, com o mesmo intuito de preservar a razão de troca entre cobertura e prémio.¹²²⁰

5.4.2. A álea

Em Portugal, não temos as dificuldades impostas pelo ordenamento jurídico italiano, em que, de uma forma algo infeliz, a lei dispõe literalmente que aos contratos aleatórios não se aplicam as normas sobre a chamada anulação por lesão (*rescissione per lesione*) ou sobre a resolução por onerosidade excessiva (*risoluzione per eccessiva onerosità*).¹²²¹ Estas disposições

981.

1219 Neste sentido, DONATI, *Trattato II*, pp. 254-276, *maxime* p. 257; e FONTAINE, *Assurances*, p. 369.

1220 Cfr. o disposto no art. 26.º/4/a) LCS.

1221 O regime da anulação por lesão consta do art. 1448 CCit. A determinação de que este regime não se aplica aos contratos aleatórios consta do art. 1448/4 CCit. O regime da resolução por onerosidade excessiva consta dos arts. 1467 a 1469 CCit. A determinação de que este regime não se aplica aos contratos aleatórios consta do art. 1469 CCit. Por isso se explica a posição tradicional da doutrina italiana, que, não obstante defender por vezes que o seguro é um contrato de prestações correspectivas de execução continuada, o que comporta a aplicação do respectivo regime, sustenta simultaneamente que, por se tratar de um contrato aleatório, não se lhe aplicariam as normas sobre a *rescissione per lesione* ou sobre a *risoluzione per eccessiva onerosità*. Neste sentido, GAMBINO, *Contratti Aleatori*, pp. 88 e 340-364; SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 45; e *Corrispettività*, p. 125; e NICOLÒ, *Alea*, p. 1030. Cfr. ainda *supra* n. 1117. PINO, *Contratto Aleatorio*, pp. 1240-1241, defendia que o princípio da incompatibilidade entre a álea e a lesão fora arbitrariamente elaborado pela jurisprudência francesa do séc. XIX, para justificar num plano lógico o que não tinha justificação no plano do direito positivo, a saber, a tese segundo a qual aos contratos aleatórios não poderia aplicar-se o instituto da anulação por lesão. Afirmava, por último, que a mesma jurisprudência soubera torcear o princípio sempre que a isso fora forçada pelos factos. Cfr. ainda, em apoio de uma interpretação restritiva dos preceitos, BOSELLI, *Alea*, p. 475. Sustentava o autor que, verificando-se que as partes num contrato aleatório apenas haviam assumido a álea relativa a um determinado evento, não haveria motivo para excluir da tutela de tais remédios o desequilíbrio eventualmente resultante de outros eventos, tratando-o de modo diverso do desequilíbrio ocorrido num normal contrato comutativo. FONTAINE, *Assurances*, p. 163 n. 129, rejeita igualmente a ideia de que *l'aléa chasse la lésion*, porque a desproporção entre as prestações poderá facilmente ser apreciada tomando em consideração a avaliação estatística da probabilidade. DUBUISSON, *Contracts Aléatoires*, pp. 329-330, analisa igualmente o brocardo *l'aléa chasse la lésion*, defendendo que, desde o momento em que o cálculo probabilístico permite atribuir um valor objectivo à probabilidade, o contrato aleatório não tem por que se subtrair ao exame da equivalência das prestações. Para a ligação entre o instituto da *laesio enormis* e o nosso actual regime

têm de positivo o reconhecerem a estes contratos, pelo menos, um potencial de natureza sinalagmática, que apenas nestes dois casos teria de ser afastada. Contudo, não traçam uma correcta separação entre o desequilíbrio inerente a estes contratos, atinente, em exclusivo, ao evento com que se relaciona a álea, e a relação de interdependência que, no demais, é fixada nestes como nos restantes contratos sinalagmáticos.¹²²² Em virtude destas disposições na lei, alguns autores sustentam a inaplicabilidade, aos contratos aleatórios, dos regimes referidos, reconhecendo embora que ao seguro, por ser um contrato sinalagmático de duração, deverá aplicar-se o respectivo regime, designadamente em matéria de cessão da posição contratual (arts. 1406-1410 CCit), de resolução por incumprimento (arts. 1453-1462 CCit) e de impossibilidade superveniente (arts. 1463-1466 CCit). Em obras mais recentes, já se encontram numerosas vozes em defesa da posição de que, no que respeita aos contratos aleatórios, o art. 1448/4 CCit «não preclui a possibilidade de pedir a resolução quando a desproporção entre as prestações não seja consequência da álea, mas subsista já no momento da celebração do contrato», e de que, não obstante o disposto no art. 1469 CCit, «o remédio da resolução por onerosidade excessiva permanecerá de todo o modo utilizável, quando o desequilíbrio superveniente derive de um evento estranho à esfera da álea querida».¹²²³

«A limitação que resulta da letra do art. 1448 é irracional. Mesmo através de um contrato aleatório se pode infligir uma lesão, quando o valor da prestação aleatoriamente devida, multiplicado pelo coeficiente do risco, seja superior ou inferior ao valor da contraprestação (assim, por exemplo, se se celebrasse um contrato de seguro com prémios cinco vezes superiores aos correntes). Para tornar racional a norma é necessário entendê-la assim: não pode resolver-se por lesão um contrato aleatório, se esse contrato aleatório, equitativo no momento da celebração, se torna *ex post* nocivo ao contraente em estado de necessidade, só por efeito da álea.»¹²²⁴

dos negócios usurários, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 641-652; e PEDRO EIRÓ, *Negócio Usurário, maxime* pp. 11-14 e 57-66.

1222 Cfr. o que se disse acima sobre a posição de PAIS DE VASCONCELOS (analisada *supra* no texto a partir da n. 1049).

1223 ZACCARIA em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 1448 VI pp. 1398-1399 (doutrina citada) e art. 1469 I p. 1422 (jurisprudência citada).

Em Portugal, o regime da usura constante dos arts. 282.º a 284.º CC tem plena aplicação aos contratos aleatórios em geral, e em particular aos contratos de seguro, o mesmo se dizendo – ressalvando a aplicação das disposições especiais em sede de alteração do risco – do regime da alteração de circunstâncias constante dos arts. 437.º a 439.º CC. A primeira afirmação não parece encontrar oposição na nossa doutrina, dado que, ao contrário do que se passa na lei italiana, entre nós os exemplos de controlo originário de desequilíbrios que resultam da letra da lei não se encontram limitados aos contratos sinalagmáticos e tão-pouco se afastam do seu regime os contratos aleatórios.¹²²⁵ A segunda afirmação não tem atraído a atenção da grande maioria doutrina lusa, não gozando, por conseguinte, nem de apoio, nem de repúdio.¹²²⁶

5.4.3. A relação contratual duradoura

Vejam os agora as regras relativas aos contratos de execução continuada, a começar pelas consequências da resolução a que corresponde o art. 434.º/2 CC.¹²²⁷ Dispõe-se na lei do contrato de seguro, em conformidade com a regra da resolução, com efeitos *ex nunc*, própria dos contratos de execução continuada, que, salvo disposição em contrário, sempre que o contrato cesse antes do período estipulado, há lugar ao estorno do prémio *pro rata temporis*.¹²²⁸ A mesma regra se retira do disposto quanto aos efeitos da cessação do

1224 SACCO/DE NOVA, *Contratto I*, p. 605. Os autores estendem semelhante raciocínio ao disposto no art. 1469 CCit, em *Contratto II*, pp. 701-703. Afirmam que, para se saber se se aplica o regime de resolução por onerosidade excessiva, deveria examinar-se, não a «natureza do contrato», mas sim a «natureza do evento superveniente», para determinar se o mesmo se inclui na álea prevista no contrato. Entre outros argumentos, porque o legislador considerou expressamente que alguns contratos aleatórios – os de seguro – seriam igualmente merecedores de tutela contra as perturbações dos riscos, conforme resulta do disposto nos arts. 1897 e 1898 CCit (diminuição e agravamento do risco). Não me parece que o argumento colha, porquanto, como se disse acima, o regime da alteração do risco aplica-se a perturbações no conteúdo do contrato, diz respeito a uma alteração do risco com repercussões nas próprias atribuições nele estipuladas, e não a perturbações externas, que, essas sim, só poderão relevar dentro dos quadros do art. 437.º CC.

1225 Cfr. *supra* n. 1221. Para além do regime da usura, veja-se ainda o disposto no art. 237.º CC. Deste preceito resulta, ainda com maior clareza, que o controlo originário da equivalência respeita à totalidade dos contratos onerosos.

1226 Em apoio da aplicação deste regime ao contrato de seguro, veja-se, todavia, VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 386-387.

1227 VASQUES, *Elementos*, p. 518, qualifica o contrato de seguro como um contrato de execução continuada, referindo, designadamente, que essa qualificação determina a eficácia *ex nunc* da resolução por aplicação do art. 434.º/2 CC. Fá-lo na esteira de CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 500-501; e de MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 30. Em Itália, veja-se ainda BUTTARO, *Contratto di Assicurazione*, pp. 459-461 e 468.

1228 Cfr. o art. 107.º/1 a 3 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 19.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Neste, dava-se liberdade às partes para disporem de modo diverso. Contudo, toda a cláusula do contrato que estipulasse outro qualquer desvio à regra da restituição do prémio *pro rata temporis* em benefício do segurador, se não fosse inválida por outros motivos, sujeitar-se-ia ainda ao crivo

contrato.¹²²⁹ Mesmo nos casos em que a lei confere efeito retroactivo à resolução de um seguro, por se tratar de circunstâncias que em princípio o justificariam, essa retroactividade é francamente atenuada pela aplicação, também a esses casos, do regime de devolução *pro rata temporis*.¹²³⁰

Quando assim não é, a aplicação de uma regra distinta justifica-se, de uma forma geral, pela sua finalidade sancionatória ou compensatória de custos incorridos, em benefício, quer do tomador, quer do segurador. É esse o caso, designadamente, quando a lei dispõe que o segurador não tem direito a nenhuma parte do prémio por não ter cumprido os seus deveres de informação.¹²³¹ Ou que o segurador tem direito à totalidade do prémio, em caso de fraude do tomador ou do segurado.¹²³² Só destoa do conjunto a regra a aplicar em caso de inexistência do risco conhecida de uma das partes, que, inexplicavelmente, prescreve a devolução ao tomador da totalidade do prémio, ainda que seja esta a parte conhecedora.¹²³³ Em caso de cessação, o tomador continua a dever o prémio correspondente ao período em que o contrato haja vigorado, nos casos em que este era efectivamente devido, acrescido dos respectivos juros de mora.¹²³⁴

A regra geral da restituição do prémio *pro rata temporis* em caso de cessação antecipada do contrato só se explica pelo reconhecimento, por parte da lei, de que o contrato de seguro

adicional do art. 812.º CC. Neste sentido, embora com o exemplo do mútuo oneroso, PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, p. 10. A nulidade de semelhante cláusula podia resultar, designadamente, da aplicação do art. 19.º/1/c) LCCG. No regime actual, esclarece-se que a regra da restituição do prémio *pro rata temporis* só pode ser afastada por estipulação das partes desde que havendo «razão atendível, como seja a garantia de separação técnica entre a tarificação dos seguros anuais e a dos seguros temporários».

1229 Cfr. o art. 106.º LCS.

1230 Cfr. o art. 118.º/1 e 6/a) LCS. Este regime tem aplicação em toda uma série de circunstâncias. Cfr. ainda os arts. 17.º/3, 26.º/3 e 205.º/3 LCS.

1231 Cfr. o disposto no art. 23.º/3 LCS. Em sentido semelhante, o disposto no art. 34.º/6 LCS.

1232 Cfr. o disposto no art. 25.º/5 LCS. Se as omissões ou inexactidões forem dolosas mas não fraudulentas, o segurador tem apenas direito a mais três meses de prémio (n.º 4).

1233 Cfr. o art. 44.º/4 a 6 LCS. Em compensação, em caso de má fé do tomador, o segurador tem direito a reter a totalidade do prémio. Julga-se que a não aplicação da regra do estorno do prémio *pro rata temporis* em caso de inexistência do risco se prende com uma insuficiente tomada de consciência de que, desconhecendo o segurador os elementos que lhe permitem concluir pela inexistência do risco, este foi por ele suportado nos mesmos termos em que o segurador suporta todos os outros riscos. Cfr. *supra* o texto junto à n. 239. No regime anterior, cfr. a regra algo distinta do art. 436.º/§ único CCom. No art. 437.º/§ 1 CCom, o direito do segurador a metade do prémio em caso de risco futuro que não chegasse a ser corrido fazia as vezes de uma compensação. Nesse sentido, PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 158-159; e CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 529.

1234 Quanto à cessação do contrato em caso de falta de pagamento do prémio, cfr. o disposto no art. 57.º/3 LCS. Sobre a questão de haver ou não um verdadeiro dever de pagar o prémio, cfr. *supra* o texto a partir da n. 249.

configura um sinalagma entre a cobertura e o prémio. No tempo em que o contrato esteve em vigor, independentemente da ocorrência de um sinistro, a vigência da cobertura determina que houve, de facto, durante esse tempo, uma atribuição do segurador ao tomador. Ou seja, pelo reconhecimento de que o segurador já suportou o risco seguro durante esse período de tempo. Ora, a regra do retorno *pro rata temporis* é exclusiva dos contratos de execução continuada. Inversamente, a inexistência do risco, quando conhecida do segurador, dá azo à aplicação da regra contrária: não tendo havido suportação do risco por parte do segurador, também não se justifica a sua retribuição com o pagamento do prémio.¹²³⁵

A este propósito, note-se que, não obstante as várias menções que dele são feitas na nossa lei, o conceito de «fracção do prémio» não desempenha no nosso ordenamento jurídico função alguma. Esse conceito está intimamente ligado ao chamado «princípio da indivisibilidade do prémio», que entre nós só muito tenuemente vigorava, não obstante o proclamatório art. 3.º do DL 142/2000, de 15 de Julho, e que actualmente tão-pouco vigora, não obstante idêntica proclamação no art. 52.º/3 LCS. O princípio da indivisibilidade, na sua pureza, determinaria que, embora o pagamento do prémio de seguro pudesse ser fraccionado, o prémio relativo a cada período de seguro seria uno, pelo que, em caso de cessação do contrato de seguro, seria sempre devido por inteiro: o segurador, não só não teria de devolver o prémio pelo tempo já passado, como reteria ainda o prémio, ou o direito a recebê-lo, pelo remanescente do período de seguro em curso e ainda não decorrido à data da cessação.¹²³⁶

Tradicionalmente, em apoio do princípio da indivisibilidade do prémio, afirmava-se que o risco, correspectivo do prémio, muitas vezes não incide de modo uniforme durante todo o período de cobertura, e que, ainda que assim fosse, é distinto o modo de calcular o prémio em contratos de longa duração, de duração anual ou celebrados por períodos inferiores ao ano. Este princípio evitaria, designadamente, que se celebrassem contratos anuais que depois se rescindiriam, pagando-se somente uma fracção de um prémio anual em lugar de se pagar o prémio, mais caro, de um seguro de curta duração. Estas razões

1235 Cfr., neste sentido, a afirmação do Lorde Mansfield em *Tyrie v Fletcher* (1777), p. 668 (citado *supra* n. 901).

1236 GRIESHABER, *Synallagma* (1914), *maxime* pp. 54-60 (*Das sog. Prinzip der Unteilbarkeit der Prämie*).

apresentavam-se para justificar também a cláusula de retenção de metade do valor do prémio em caso de resolução injustificada pelo tomador.¹²³⁷

É assim em Itália.¹²³⁸ Até certo ponto, era assim na Alemanha, até à entrada em vigor da nova lei do contrato de seguro, em 1 de Janeiro de 2008.¹²³⁹ A nova lei substituiu o princípio da indivisibilidade do prémio pelo princípio, diametralmente oposto, da divisibilidade do prémio.¹²⁴⁰ Era assim na Suíça, anteriormente à revisão da lei do contrato de seguro entrada em vigor em 1 de Janeiro de 2006, que procedeu a uma derrogação do princípio da indivisibilidade do prémio em caso de cessação antecipada do contrato. De acordo com o regime actualmente em vigor, em regra, o prémio só será devido até à data da cessação.¹²⁴¹⁻¹²⁴² Mas facilmente se constata que não é assim em Portugal.¹²⁴³ À semelhança do princípio que consta, muito claramente, dos PEICL.¹²⁴⁴

1237 Cfr. ARNALDO OLIVEIRA, *Dois Exemplos*, pp. 34-42. No Ac. RL 04.02.1999, p. 108, o tribunal rejeita-as, depois de as analisar, explicando que tais razões só justificariam a aplicação de tais mecanismos a esses contratos de curta duração, e não, indistintamente, a todos os contratos, independentemente da sua vigência.

1238 DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 103-104, defendem que este regime funciona como uma derrogação ao regime da resolução dos contratos de execução continuada, entre os quais situam o contrato de seguro. Cfr. ainda SCALFI, *Assicurazione*, pp. 357-358.

1239 SCHWINTOWSKI, *Schw. VVG*, p. 319, notava que, na Alemanha, também vigorava, embora numa versão algo mitigada, o princípio da indivisibilidade do prémio (cfr. § 40 VVG). Cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 40 p. 426 m. 1. O autor observava que no direito alemão não vigorava propriamente um princípio da indivisibilidade do prémio, não podendo dizer-se que, em caso de cessação antecipada, o prémio fosse devido por inteiro: a indivisibilidade só se verificava nalguns casos consagrados na lei.

1240 Nesse sentido dispõe o § 39 I VVG 2008. Cfr. BAUMANN/SANDKÜHLER, *Neue VVG*, pp. 24-25 e 66; e FRANZ, *Neuregelungen*, p. 306.

1241 Veja-se, sobre as recentes alterações, EISNER-KIEFER, *Prämie*, pp. 81-82; e ainda SCHWINTOWSKI, *Schw. VVG*, p. 319; e ECKERT/KUHN, *Schw. VVG*, p. 14. A referida alteração decorre da alteração do art. 24 e revogação do art. 25 VVGch, de 02.04.1908, cuja revisão parcial foi efectuada por diploma de 17.12.2004, que entrou em vigor em 01.01.2006. A regra acima referida (art. 24/1) está sujeita a uma ressalva: se, durante o primeiro ano de vigência, o tomador fizer cessar o contrato na sequência de uma indemnização parcial, o segurador terá direito ao prémio relativo a todo o período de seguro em curso (art. 42/3). Este regime visa compensar o segurador pelos custos que este terá suportado com a negociação e contratação do seguro, e que ainda não terá conseguido amortizar. O prémio é ainda devido por inteiro se o contrato cessar os seus efeitos por extinção do risco (art. 24/2). Na reforma em curso do regime jurídico do contrato de seguro, o anteprojecto reproduz, neste ponto, estas recentes alterações. Neste sentido, EISNER-KIEFER, *Prämie*, pp. 81-82. Sobre a reforma em curso, cfr. SCHNYDER, *Total Revision*, pp. 13-30. O anteprojecto em causa data de 31.07.2006. Espera-se que a nova lei venha a entrar em vigor em 01.01.2010 (p. 23).

1242 Na Bélgica há um regime de alguma forma intermédio. Cfr. FONTAINE, *Assurances*, pp. 199-200. Em caso de invalidade do contrato de seguro, a regra geral é a da devolução integral dos prémios pagos. O segurador só pode ficar com uma parte dos prémios a título de sanção, em caso de má fé do tomador. Já em caso de cessação não retroactiva, como na resolução, a lei consagra o princípio da divisibilidade, devendo o segurador restituir a parte respeitante ao tempo ainda não decorrido.

1243 Neste sentido, na vigência do regime anterior, Cfr. ARNALDO OLIVEIRA, *Dois Exemplos*, pp. 30-42.

1244 Cfr. o art. 5:104 PEICL.

Para além da regra geral de restituição *pro rata temporis* em caso de cessação antecipada do contrato, temos ainda que, nos casos em que o pagamento do prémio é, efectivamente, um dever do tomador, e não somente um ónus, a mora no pagamento do prémio – ou de uma sua «fracção» – não provoca o vencimento imediato dos restantes.¹²⁴⁵ Isto explica-se porque se estabelece, nestas como noutras relações contratuais duradouras, um sinalagma entre cada um dos períodos de tempo e a respectiva contraprestação ou «contra-atribuição».¹²⁴⁶ Não se trata aqui de atribuir, e depois retirar, a uma das partes, o chamado benefício do prazo. Cada um dos prémios remunera a cobertura a ter lugar em determinado período de tempo, não sendo admissível, em face das regras do sinalagma, exigir o primeiro sem que tenha decorrido ou venha a ter início a decorrência da segunda. A única réstia do princípio da integralidade ou indivisibilidade do prémio, no nosso sistema, estaria, porventura, no direito do segurador a reter a totalidade do prémio em caso de cessação antecipada do contrato quando tenha havido pagamento da prestação decorrente de sinistro – isto, se com esse pagamento se tiver esgotado o capital seguro, e o prémio já tiver sido integralmente pago.¹²⁴⁷ Com toda a probabilidade, neste caso, a ninguém ocorreria pedir a devolução do remanescente do prémio ao segurador. Todavia, se o prémio ainda não tiver sido integralmente pago, com o actual regime de inexigibilidade do pagamento, dificilmente o segurador conseguiria justificar a sua titularidade de um verdadeiro direito de crédito face ao tomador, que lhe permitisse recorrer, designadamente, e na falta de disposição contratual em contrário, ao instituto da compensação, deduzindo o montante em falta da indemnização, ou mesmo aos meios judiciais para o pagamento coercivo das fracções «em dívida» no caso de o pagamento da

1245 Cfr. *supra* n. 1197. Cfr. o art. 781.º CC.

1246 Neste sentido, PEREIRA/MÚRIAS, *Sinalagma*, pp. 5-10 (texto correspondente ao segundo exemplo da al. b).

1247 Cfr. o art. 107.º/1 LCS. Este preceito deve interpretar-se no sentido de que o segurador só pode reter o prémio pago no caso de ter havido um esgotamento do capital seguro para o período de seguro em curso. Com esta ressalva, também esta regra se explica em razão da necessária protecção ao sinalagma. Nesse sentido, EISNER-KIEFER, *Prämie*, p. 82.

indemnização ser feito a terceiro.¹²⁴⁸ Não será assim nos casos em que o «regime especial» não tem aplicação.

Por fim, uma palavra sobre os direitos de resgate e de redução nos seguros de vida.¹²⁴⁹ Estes também só se explicam tendo em consideração a existência, nestes seguros, de uma reserva matemática.¹²⁵⁰ Nos seguros de vida inteira, ou nos pertencentes a modalidades intermédias que funcionem substancialmente de acordo com o paradigma dos seguros de vida inteira, a existência de uma reserva matemática é consequência da circunstância de os

1248 Com efeito, já vimos que o tomador não tem um verdadeiro dever de pagar o prémio, mas antes, quando muito, um ónus. Cfr. *supra* n. 1209. Neste contexto específico, em que ocorre o esgotamento do capital seguro antes de decorrido na íntegra o período de seguro, poderemos ainda aproximá-lo, em vista desta consequência do regime, de uma obrigação natural, visto que, uma vez pago o prémio, não pode exigir-se a sua restituição, mas, enquanto este não for pago, também não pode exigir-se o seu pagamento. Não se trata, todavia, de uma verdadeira obrigação natural, na medida em que o seu cumprimento, na data em que ocorre, dificilmente poderia ser qualificado como um «dever de justiça», na expressão dos arts. 402.º a 404.º CC. Ainda que o crédito e o suposto débito coincidissem na mesma pessoa – o que nem sempre acontece no contrato de seguro – a sua incompensabilidade decorreria do disposto no art. 847.º/1/a) CC.

1249 Cfr. o disposto no art. 194.º LCS. Esta redução não se confunde com a redução resultante da invalidade parcial de um negócio jurídico, por aplicação do disposto no art. 292.º CC. A redução, neste caso, pode ser o resultado do chamado resgate parcial, que corresponde à devolução de uma parte do capital seguro, mantendo-se o contrato em vigor no respeitante ao remanescente, ou da falta de pagamento de prémios de seguro (art. 203.º/1 LCS). Nos seguros de danos, a redução pode ainda resultar da verificação de existência de sobresseguimento (art. 132.º/1 LCS). O termo «resgate» é vulgarmente usado em duas acepções distintas: (i) como referindo-se ao direito do tomador à cessação antecipada do contrato; ou (ii) ao direito à percepção do chamado «valor de resgate». Cfr. o preâmbulo da LCS (V). Aqui se esclarece que, neste diploma, se chama «resgate» ao meio jurídico de percepção de uma quantia pecuniária e não à forma de dissolução do vínculo. Cfr. ainda o art. 106.º/3 LCS. Sobre os valores de redução e de resgate, cfr. a exigência do art. 185.º/1/c) LCS. Cfr. o que dispunha o art. 1.º/u) e v) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Para uma definição do «valor de resgate» como o «valor actual» do seguro, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 176 pp. 944-945 m. 9. Sobre os direitos de resgate e de redução, cfr. ainda MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 328-338. Sobre a natureza do direito de resgate, veja-se GASPERONI, *Riscatto I*, pp. 867-896; e *Riscatto II*, pp. 899-904. O autor qualifica o direito de resgate no seguro de vida inteira como um direito potestativo à cessação antecipada do contrato tendo por efeito a antecipação do termo a que estaria subordinada a obrigação de prestar do segurador, que até então fora *certus an e incertus quando*, vencendo-se de imediato essa obrigação mas por uma quantia mais reduzida. A lei admite ainda que se estipule no contrato a possibilidade de adiantamentos sobre o capital seguro (art. 195.º LCS). Tipicamente, ao contrário do que acontece com os direitos de resgate e de redução, que se baseiam no «valor actual» do seguro, os adiantamentos correspondem a uma antecipação do pagamento da indemnização. Por conseguinte, embora não se trate de um mútuo, dado que o tomador não se obriga a devolver os adiantamentos, estes podem vencer juros, enquanto não forem reintegrados no seguro. Não se tratando de um dever, o segurador não pode naturalmente exigir o seu pagamento, podendo apenas ir deduzindo o respectivo valor do montante final da indemnização. O seguro pode ou não caducar quando se atingir o valor zero, consoante o que se estipular no contrato. Cfr. McGANN, *LHIL*, pp. 250-253.

1250 É importante perceber que os seguros de vida funcionam essencialmente de acordo com dois paradigmas: (i) o do seguro de vida inteira (*whole life insurance*); e (ii) o do seguro de vida temporário (*term life insurance*). Sobre estes, cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 30-35; e McGANN, *LHIL*, pp. 77-79 e 250-255. Falo em paradigmas porque, desde os seus primórdios, o mercado dos seguros de vida tem evoluído no sentido de um progressivo alargamento do leque de produtos oferecidos,

prémios serem normalmente constantes, e não progressivos, enquanto o risco de morte da pessoa segura é progressivo, o que faz com que, nos primeiros tempos, se cubra um prémio superior ao que se justificaria se se tratasse de ter em conta apenas a suportação do risco relativo a esses primeiros tempos de seguro.¹²⁵¹ É ainda importante ter em conta que, nestes seguros, o pagamento da indemnização é *certus an*, embora *incertus quando*. A devolução do excedente em caso de cessação antecipada e o emprego do excedente num contrato reduzido em caso de cessação antecipada do pagamento dos prémios explicam-se, em parte, por aquele excedente ter sido cobrado por conta de um risco ainda não suportado. Explicam-se económica e juridicamente assim, quando o tomador tem um direito de crédito sobre o montante da reserva matemática. Também são, por conseguinte, decorrências do reconhecimento do sinalagma num contrato de execução continuada – são concretizações da regra geral do art. 434.º/2 CC. A reserva matemática é o valor pago pelo tomador para além daquilo que forme um sinalagma com o tempo já decorrido no momento a ter em conta.

predominando actualmente as mais variadas figuras mistas. Contudo, continua a ser importante conhecer o modo de funcionamento dos paradigmas, sem o que dificilmente se compreenderá o das demais figuras. O seguro de vida temporário funciona como a generalidade dos seguros não-vida: o tomador paga um determinado prémio e, em contrapartida, o segurador assume o risco de morte ou sobrevivência da pessoa segura na vigência da cobertura. Neste ponto do estudo, interessa analisar o paradigma do seguro de vida inteira (cfr. o texto).

- 1251 O recurso a este mecanismo também poderá justificar-se em certos seguros de vida temporários de média ou longa duração. Por exemplo, os que se celebrarem com vista a serem dados em garantia ao credor de um mútuo de média ou longa duração. Nesse caso, um factor que facilita o recurso a este mecanismo é a circunstância de a dívida ir diminuindo ao longo do tempo. Neste sentido, JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 31 (note-se que também se celebram seguros de vida inteira com esta finalidade). Mas nem sempre é assim, sobretudo nos seguros de vida temporários de curta duração. Se o tomador for, por exemplo, um produtor de cinema que segura por conta própria a vida das principais estrelas no seu filme, a vigorar unicamente durante as filmagens, o prémio será calculado, muito naturalmente, sem o recurso a este mecanismo. Pense-se ainda no exemplo do seguro de vida dos expectadores do filme «Macabre» (*supra* n. 117). Interessa reter que nem todos os seguros de vida dão azo à formação de uma reserva matemática. Daí a referência, na lei, aos «eventuais direitos de redução e de resgate» (art. 194.º/1 LCS). Cfr. ainda o art. 106.º/3 LCS. Veja-se, no entanto, o que dispunham os n.ºs 26, 28 e 30 da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro. Para o direito alemão, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 176 p. 944 m. 2. O preceito de direito alemão que obriga à estipulação de um direito de resgate só se aplica aos seguros de vida em caso de morte em que a prestação é *certus an* (embora *incertus quando*).

PARTE II. TERCEIROS

A segunda parte deste estudo centra-se na análise da posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. Por conseguinte, não espanta que, em jeito de enquadramento dogmático, se dê início ao sexto capítulo com um exame do «princípio da relatividade» ou «do efeito relativo» dos contratos. Segue-se uma análise dos direitos ou outras situações jurídicas activas de fonte contratual, com a consideração do principal desvio àquele princípio: a categoria de direito geral dos contratos denominada «contrato a favor de terceiro». Neste contexto, analiso com maior profundidade o exemplo do seguro de vida. Em seguida, examino os direitos e outras posições activas de terceiros «de fonte «paracontratual». Após um pequeno apontamento sobre a figura do contrato com eficácia protectora de terceiro, dada a sua menor relevância no domínio dos seguros, estudo a figura da «acção directa». O exemplo que nesse sede será analisado com mais pormenor é o do seguro de responsabilidade civil.

Até este ponto, o estudo desenvolve-se tendo por base institutos gerais de direito civil, embora na perspectiva da sua aplicação aos seguros. No sétimo capítulo, diversamente, a atenção incide sobre uma categoria do direito contratual dos seguros com particular relevo para o tema unificador deste estudo: o chamado «seguro por conta de outrem». Procuro, não obstante, enquadrar o seu exame no contexto mais alargado do direito civil, relacionando-o com outros modos de actuação «por conta de outrem» e de actuação «no interesse de outrem». O capítulo termina com um confronto entre as figuras do seguro por conta de outrem e do seguro a favor de terceiro. Este confronto destina-se, entre outras coisas, a desfazer as muitas confusões que entre ambas as figuras se tem feito na doutrina de direito contratual dos seguros. Após a apresentação e exame daquilo que caracteriza cada uma delas, explico que são distintos, embora parcialmente sobrepostos, o universo dos contratos de seguro por conta de outrem e o universo dos contratos de seguro a favor de terceiro, havendo seguros pertencentes a ambos os universos, apenas ao primeiro, apenas ao segundo e, claro está, a nenhum desses dois universos. Dou especial relevo ao conceito de interesse, que aparece como requisito, embora com contornos distintos, em vários preceitos legais de direito dos contratos – no contexto do

contrato a favor de terceiro – e de direito contratual dos seguros – em especial no contexto do seguro por conta de outrem, com o propósito de demonstrar que estas referências não correspondem a concretizações das primeiras, sendo diversa a sua natureza.

Num último capítulo, o oitavo do estudo, introduzo um novo elemento de complexidade, abandonando os exemplos retirados dos seguros individuais e abraçando o tema dos chamados «seguros de grupo». Procuro demonstrar que, sob esta designação, a prática de seguros e a doutrina da especialidade têm tratado de um modo enganadoramente aglutinador realidades bem distintas, que será conveniente autonomizar.

6. Os direitos de terceiros em face de um contrato

6.1. O princípio da relatividade dos contratos

Retomemos o conceito de obrigação: situação jurídica relacional, ou relação jurídica, em que uma pessoa – o seu titular activo: o credor – tem um direito subjectivo de obter ou exigir de outrem uma prestação – sendo essa outra pessoa o titular passivo: o devedor – que, por sua vez, está adstrito a um dever específico de prestar, ou seja, está vinculado a uma conduta, positiva ou negativa, para com o primeiro.¹²⁵² Há obrigações de fonte contratual e obrigações de fonte não contratual.¹²⁵³ As primeiras podem ainda distinguir-se consoante vinculem as partes uma à outra ou (pelo menos) uma das partes (também) perante um terceiro.¹²⁵⁴ Há contratos obrigacionais e contratos não obrigacionais. Por definição, apenas os primeiros são fontes de obrigações.¹²⁵⁵ A zona de incidência da

1252 Cfr. *supra* o texto junto à n. 773.

1253 Por exemplo, não tem (ou pode não ter) fonte contratual a obrigação de informação e de apresentação de coisas ou documentos a que respeitam os arts. 573.º a 576.º CC. O mesmo se diga das várias obrigações legais de prestação de contas. Veja-se, designadamente, o disposto no art. 465.º/c) e d) CC. No entanto, bem se vê que, muitas vezes, ao referir-se à figura da obrigação, a lei tem apenas em vista a que decorre de um negócio jurídico ou mesmo de um contrato. Veja-se, designadamente, o disposto nos arts. 397.º e 398.º CC.

1254 Será esse o caso no contrato a favor de terceiro: cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1309.

1255 Sobre o progressivo alargamento do conceito de contrato, veja-se I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, pp. 35-45; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 27-37. Tradicionalmente, a figura do contrato pressupunha o efeito criador de obrigações. POTHIER, *Obligations*, p. 7 (n.º 3), definia o contrato como «a convenção mediante a qual as duas partes reciprocamente, ou apenas uma delas, prometem e vinculam-se perante a outra a dar-lhe qualquer coisa, ou a fazer ou não fazer qualquer coisa». Esta definição esteve na base da que consta do art. 1101 CCfr. Ainda hoje a doutrina francesa distingue o género contrato em sentido amplo, a que também chama convenção, da espécie contrato em sentido estrito, ou simplesmente contrato, acto gerador de obrigações. Cfr. ANCEL, *Force Obligatoire*, p. 778; e AUBERT, *Contrat*, p. 97. Semelhante restrição aparece-nos de igual modo no direito inglês. Cfr. PEEL

obrigação é, por conseguinte, conceptualmente distinta da zona de incidência do contrato, o que é preciso ter presente na análise do princípio da relatividade *dos contratos*. É este que interessa agora examinar, visto que atrás defini o objecto deste estudo – os terceiros – por referência, não a uma obrigação mas a um contrato: o contrato de seguro.

O princípio da relatividade ou efeito relativo dos contratos, que começo por analisar na sua configuração histórica e de fontes, foi primeiro formulado pela doutrina francesa em vésperas da redacção do *Code Napoléon*. Acabaria por ser consagrado no art. 1165 CCfr.¹²⁵⁶

O preceito da lei francesa, tomado à letra, parece indicar que, embora com uma importante ressalva, que adiante será tratada, os contratos não produziram quaisquer efeitos perante terceiros. A formulação que vingou é da autoria de POTHIER.¹²⁵⁷ O autor sustentava que a obrigação nascida de um contrato se formaria pelo consentimento e o concurso de vontades das partes, não podendo estas constituir direitos ou deveres na esfera de um terceiro, cuja vontade não concorreu para formar o contrato.¹²⁵⁸

Não obstante ter-se a certa altura difundido na doutrina francesa a ideia de que o princípio da relatividade dos contratos plasmado na lei mais não seria do que a transposição da regra de direito romano segundo a qual *res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*, uma investigação mais aturada da matéria trouxe à luz do dia a conclusão de que

em TREITEL, *Law of Contract*, p. 1 (a definição já constava das edições anteriores desta obra). Deu-se posteriormente, no direito francês, como no italiano, no espanhol e no nosso, o reconhecimento gradual dos contratos translativos, identificando-se actualmente a figura do contrato, entre nós, com a dos negócios jurídicos plurilaterais. Cfr., neste sentido, a definição constante do art. 1321 CCit de 1942. Alguma doutrina espanhola distingue os contratos das convenções, mas atribuindo-lhes conteúdos distintos dos acima indicados, reservando aos primeiros o domínio dos negócios jurídicos bilaterais de carácter patrimonial e às segundas o domínio dos negócios jurídicos bilaterais de carácter não patrimonial. Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos I*, p. 76.

1256 O preceito determina que os contratos só produzem efeitos entre as partes, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros, salvo no caso do art. 1121 CCfr (estipulação para terceiro). Em Portugal, veja-se o disposto no art. 406.º/2 CC. O preceito é aparentemente mais permissivo do que o seu congénere francês mas, tal como neste último, também naquele o ponto de referência é o contrato e não a obrigação. Em ambos se fala, sem mais, na produção de efeitos do contrato. Vaz SERRA, *Efeitos*, p. 334, teve como principais modelos da sua ponderação o art. 1165 CCfr e o art. 1372 CCit. Mas entendeu ser de dispensar a menção expressa, presente em ambos os ordenamentos, à circunstância de os contratos terem força de lei ou valerem como lei entre as partes (cfr. o art. 1134 CCfr e o próprio art. 1372 CCit), dado que, em seu entender, a obrigatoriedade dos contratos seria a mesma de quaisquer outros factos criadores de obrigações (p. 365). Sublinhando que o art. 406.º/2 CC consagra o princípio da relatividade dos contratos e não o da relatividade das obrigações, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 535 n. 383; SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, p. 164; e PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa*, s. 7.

1257 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, p. 22.

1258 POTHIER, *Obligations* (1761), pp. 70-73 (n.ºs 70-72). Cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, p. 20.

este princípio nunca terá existido no direito romano propriamente dito.¹²⁵⁹ É certo que o preceito legal corresponde à tradução do referido adágio, mas a sua origem seria mais moderna, e o seu reconhecimento menos universal do que chegou a ser afirmado.¹²⁶⁰ O adágio *res inter alios acta*, na sua forma actual, parece ser o produto dos comentários ao art. 1165 CCfr publicados no séc. XIX.¹²⁶¹ O princípio da relatividade apareceria apenas com o direito moderno, e sob formas distintas, em França e na Alemanha.¹²⁶²

A doutrina alemã, não obstante o seu pendor marcadamente romanista, desconhece o adágio *res inter alios acta*.¹²⁶³ Quando pretende confortar o princípio da relatividade com uma fórmula latina, cita antes o *iuris vinculum*, e não o adágio tão célebre em França.¹²⁶⁴

SAVIGNY observara, acerca da estipulação a favor de terceiro no direito romano, que as obrigações, enquanto limitações à liberdade natural, só mereciam protecção jurídica na medida em que esta fosse absolutamente necessária. Em direito romano, a protecção somente se considerava necessária para quem age – não para os terceiros.¹²⁶⁵ Não há menção, neste autor ou na doutrina sua contemporânea, a um princípio da relatividade dos contratos.¹²⁶⁶ A doutrina alemã só mais tarde se interessou pelo tema, tendo reflectido sobretudo, num primeiro tempo, sobre a natureza da obrigação. Na falta de um texto

1259 Neste sentido apontam as conclusões do estudo de VERSTEGEN, *Res Inter Alios Acta*, pp. 117-122. Cfr. ainda WINTGEN, *Opposabilité*, p. 9-13; e ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 314 n. 1. O que existia em direito romano era o princípio, algo distinto, segundo o qual *res inter alios acta tertiis non nocet*, e ainda assim o direito romano admitia importantes derrogações a esse princípio. Cfr. ainda HENKE, *Relativität*, p. 12. Como exemplos da concepção tradicional, que fazia recuar as origens do adágio até ao direito romano, veja-se, designadamente, CALASTRENG, *Relativité*, pp. 5-9; e WEILL, *Relativité*, pp. 4 e 32-65. Entre nós, VAZ SERRA, *Efeitos*, p. 334. Note-se que o direito romano proibia, efectivamente, as estipulações para terceiros: *alteri stipulari nemo potest*. Ver-se-á, todavia, que os dois adágios são bem distintos no seu alcance. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1431.

1260 WINTGEN, *Opposabilité*, p. 10.

1261 Neste sentido, as conclusões do estudo de VERSTEGEN, *Res Inter Alios Acta*, pp. 117-122. Cfr. ainda WINTGEN, *Opposabilité*, p. 21 n. 63.

1262 O que acrescenta verosimilhança à conclusão de que não terá sido o art. 1165 CCfr a traduzir o adágio mas antes o adágio a traduzir o art. 1165 CCfr. Para uma contraposição das concepções sobre o princípio da relatividade no sistema francês e no sistema alemão, veja-se, por todos, a *Opposabilité* de WINTGEN.

1263 Cfr. LIEBS, *LRR*, p. 207. Nesta obra, que contém um elenco exaustivo de máximas do direito romano, o adágio figura apenas na sua forma romana: *res inter alios acta alteri non nocet*.

1264 *Institutiones* de JUSTINIANO (I 3 13 pr): *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. «A obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual pode impor-se a alguém que realize uma prestação, segundo as leis do nosso estado.» Cfr., por exemplo, HENKE, *Relativität*, p. 12, e a sua definição da relatividade da relação obrigacional como uma ligação juridicamente ordenada entre duas pessoas, a pp. 14-15. E ainda BAYER, *Vz Dritter*, p. 6.

1265 SAVIGNY, *OR II*, pp. 76 e 84. O autor terminava defendendo a manutenção dessa regra no direito alemão.

1266 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 22-23.

legal que consagrasse expressamente o referido princípio, a explicação dos efeitos contratuais em relação a terceiros era menos premente na Alemanha do que em França.¹²⁶⁷ O conceito de direito subjectivo iria dominar a ciência jurídica germânica dos sécs. XVIII e XIX. Conduziu os autores à distinção entre direitos reais e pessoais e, posteriormente, entre direitos absolutos e relativos.¹²⁶⁸ No contexto da distinção entre os direitos absolutos e relativos, acabou por formular-se o princípio da relatividade dos direitos de crédito.¹²⁶⁹ Note-se que o conceito de direito subjectivo não desempenhava um papel significativo no direito romano.¹²⁷⁰ Não encontramos neste uma distinção entre direitos absolutos e relativos. A propriedade, direito real por excelência, não era entendida como um direito: o proprietário não teria um direito de propriedade sobre a coisa – teria, sim, a própria coisa.¹²⁷¹

Regressando ao direito alemão, verificamos que, em lugar de um princípio da relatividade dos contratos, naquele surgiu antes um princípio, meramente doutrinário, dado que não expressamente consagrado em qualquer texto legal, da relatividade da relação obrigacional.¹²⁷² Este princípio foi o resultado de um processo de teorização distinto do

1267 WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 83-84.

1268 DÖRNER, *Dynamische Relativität*, p. 13, afirma que a divisão dos direitos subjectivos em relativos e absolutos é uma das dicotomias fundamentais do sistema de direito privado alemão. Sobre a passagem da separação entre direitos pessoais e reais para a separação entre direitos relativos e absolutos, vejam-se, nesta obra, as pp. 13-25. Cfr. ainda DUBISCHAR, *Zweiteilung*, *maxime* pp. 91-107. Para uma passagem em linhas não muito distintas, num autor de expressão inglesa, cfr. a obra clássica de HOHFELD, *Conceitos*, pp. 87-189, sobre a divisão entre o que chama «direitos multitaís» (que prefere a «direitos *in rem*») e «direitos paucitaís» (que prefere a «direitos *in personam*»). Sobre os conceitos de direito absoluto e direito relativo, vejam-se, entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reais*, pp. 45-49; e *Tipicidade*, pp. 264-266, que utiliza a terminologia, embora com repugnância, dada a sua equivocidade. E M. GALVÃO TELES, *Direitos*, pp. 649-676. Cfr. ainda Díez-PICAZO, *Fundamentos I*, pp. 58-72. O autor considera a distinção insuficiente, na medida em que os universos dos chamados direitos reais e dos chamados direitos de crédito não correspondem a dois círculos tangentes mas antes a dois círculos secantes, entre os quais, por conseguinte, existe uma zona comum. Prefere uma dupla distinção: entre direitos patrimoniais reais e não reais (critério da eficácia); entre direitos patrimoniais de disfrute e direitos patrimoniais obrigacionais (critério da função económica). Não cabe aqui aprofundar este tema, cuja importância para a matéria em análise se resume à compreensão da origem histórica da figura do contrato a favor de terceiro.

1269 WINTGEN, *Opposabilité*, p. 17. Vejam-se as críticas ao princípio formuladas por MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 251-283.

1270 Há alguma discordância na doutrina sobre se o termo *ius* teria para os romanos o significado de direito subjectivo. Contudo, ainda que não possa afirmar-se com certeza que os romanos desconheciam o conceito, pode dizer-se, pelo menos, que o conceito não desempenhava no seu pensamento um papel significativo. Cfr. COING, *Geschichte*, pp. 32-38.

1271 WINTGEN, *Opposabilité*, p. 24.

1272 *Relativität des Schuldverhältnisses*. Na doutrina alemã, há alguma divergência quanto à formulação e alcance do princípio da relatividade, havendo mesmo quem negue a sua existência. DÖRNER, *Dynamische Relativität*, pp. 4 e 100, afirma que não consegue retirar-se dos vários escritos doutrinários um conceito unitário de relatividade, qualificando o estado em que se encontra a doutrina alemã

da doutrina francesa.¹²⁷³ Não se funda na autonomia da vontade mas antes na observação de que a obrigação liga apenas duas pessoas, correspondendo ao *vinculum iuris* de direito romano, e que, por natureza, produz efeitos unicamente em relação a essas duas pessoas.¹²⁷⁴

Os dois princípios devem distinguir-se com clareza.¹²⁷⁵ O princípio da relatividade dos contratos significaria, numa primeira abordagem, que o contrato só produz efeitos obrigacionais entre as partes, só as partes podendo reclamar uma posição de credor ou de devedor em virtude do contrato.¹²⁷⁶ O princípio da relatividade dos direitos de crédito significaria, diversamente, que o crédito, enquanto efeito, resultante ou não de um contrato, incidiria apenas sobre o credor e o respectivo devedor, não respondendo à

sobre a relatividade da relação obrigacional como desolador (*desolat*). Encontramos um exemplo da posição actualmente maioritária na doutrina germânica em MK/KRAMER, «Einleitung» p. 10 m. 15. O autor observa que os terceiros não estão implicados no *iuris vinculum*, ou seja, que não pode alegar-se contra eles uma pretensão fundada em relação obrigacional a que são estranhos, mas que eles próprios também não podem dela deduzir quaisquer direitos; a relatividade da relação obrigacional tem, portanto, para os terceiros, um aspecto positivo e um aspecto negativo. Esta posição é extremamente próxima da tradicional formulação anglo-americana do princípio da *privity of contract* (embora este se refira, obviamente, ao contrato). Sobre este princípio, na sua formulação tradicional, veja-se, por todos, a *Privity* de PALMER. Posição bastante mais restritiva é a de GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 460-464, que reduz a quase nada o significado actual do princípio. Em Portugal, veja-se, em sentido próximo, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I, maxime* pp. 282-283.

1273 BALDAWI, *Stipulation pour Autrui*, pp. 9-10, comentava que, ao contrário do direito romano, o direito consuetudinário germânico, que tradicionalmente dava mais importância ao objecto da obrigação – à prestação – do que à relação que unia ambos os sujeitos – activo e passivo – da obrigação, não suscitava objecções ao princípio da estipulação a favor de terceiro. FLATTET, *CCA*, p. 144, para explicar por que razão os direitos germânicos não tiveram de enfrentar a mesma oposição de princípio à validade da estipulação a favor de terceiro presente em França, notava que, à regra tradicional francesa, por via romana, segundo a qual *alteri stipulari nemo potest*, os autores holandeses e alemães contrapunham uma outra: *moribus nostris alteri stipulari potest*. Todavia, após a recepção germânica do direito romano, raras vezes se regressou ao princípio de direito tradicional consuetudinário até à entrada em vigor do BGB. Neste sentido, PALMER, *First Steps*, p. 13. Veja-se, no entanto, as seguintes palavras de UNGER, *Vz Dritter* (1869), pp. 55-56: «O sistema romano do "egoísmo disciplinado" não é o nosso. (...) Reza assim o nosso imperativo moral e jurídico: Cuida dos outros como de ti próprio! Daí termos de acrescentar um quarto ao conhecido *tria juris: aliis prodesse*. Uma importante consequência desta concepção ética alterada é o princípio da validade dos contratos a favor de terceiro, cuja ineficácia, em direito romano, não era consequência da lógica jurídica, sendo antes um produto da ética nacional.»

1274 WINTGEN, *Opposabilité*, p. 26.

1275 Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 535 n. 383. O autor aceita o princípio da relatividade dos contratos, embora rejeite o da relatividade das obrigações, com base, fundamentalmente, no que a doutrina francesa veio a designar a teoria da oponibilidade. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1286.

1276 No direito inglês a tradição jusprivatística é, neste domínio, surpreendentemente próxima da francesa. No sentido de que são essencialmente sinónimas as expressões *principe de l'effet relatif des contrats* e *doctrine of privity of contract* – esta última etimologicamente derivada do francês normando *privanté* –, cfr. PALMER, *First Steps*, p. 12. Há, contudo, quem evidencie o radicalismo subjacente ao princípio, até há bem pouco tempo, no direito inglês, traduzindo-o, não como o do efeito relativo do contrato, mas como o do seu efeito exclusivo para as partes (*nicht parteirelativ sondern parteiexclusiv*). KÖNDGEN, *Einbeziehung*, p. 16.

questão de saber quem se torna credor ou devedor por efeito do contrato. Só do primeiro destes princípios poderemos dizer que visa resolver directamente um problema de legitimidade para o acto.¹²⁷⁷ O segundo situa-se somente no plano dos efeitos. Todavia, pelo menos em parte ambos os princípios dão resposta à mesma questão, da determinação da eficácia, relativamente a terceiros, da relação jurídica resultante de um contrato ou, mais amplamente, de um negócio jurídico.¹²⁷⁸ Partindo embora de pontos de vista distintos, historicamente, as doutrinas acabariam por chegar a resultados em parte coincidentes.

Em França, o debate centrou-se no princípio da relatividade dos contratos, mas houve quem deste tentasse deduzir o efeito relativo das obrigações.¹²⁷⁹ Na Alemanha, inversamente, a discussão desenrolou-se sobre o princípio da relatividade dos direitos de crédito, vindo alguma doutrina a encontrar no sistema os fundamentos de uma afirmação da relatividade dos contratos.¹²⁸⁰ É esta última que nos interessa. O BGB não consagra expressamente o princípio da relatividade dos contratos. O próprio princípio do efeito relativo das obrigações apenas resulta *a contrario* do § 241 I BGB, retirando-se, da afirmação de que o credor tem o direito de exigir a prestação do devedor, que esse direito não cabe a mais ninguém.¹²⁸¹ A relatividade da relação obrigacional não implica, logicamente, a do contrato que lhe dá origem. No entanto, a limitação dos efeitos obrigacionais do contrato às respectivas partes decorre do disposto no § 311 I BGB.¹²⁸² De acordo com este preceito, a constituição ou modificação de uma relação obrigacional por negócio jurídico carece de um contrato entre ambas as partes nessa relação, a menos

1277 Como o faz MAGALHÃES COLLAÇO, *Legitimidade*, pp. 22-25 e 97-99.

1278 Cfr. as observações de KÖNDGEN, *Einbeziehung*, p. 24.

1279 MAZEAUD/CHABAS, *Obligations*, p. 868, afirmam que os redactores do preceito, por uma «deficiência de método» presente em vários pontos, só tiveram em conta os contratos obrigacionais, acrescentando os autores que o princípio se estende às obrigações extracontratuais, não obstante a redacção do art. 1165 CCfr. Concluem que «[t]oda a obrigação, qualquer que seja, só liga o credor e o devedor designados pelo contrato ou pela lei; não atinge os terceiros». Cfr. ainda WINTGEN, *Opposabilité*, p. 37. O autor sublinha que o art. 1165 CCfr, preceito legal de onde se retira o princípio da relatividade dos contratos, encontra a sua sede num capítulo dedicado aos efeitos das obrigações: encontra-se sistematicamente localizado no Capítulo III, do Título III, do Livro III (*de l'effet des obligations*). O nosso art. 406.º CC situa-se na Secção I, do Capítulo II, do Título I, do Livro II. Se a referida secção é dedicada aos contratos, também é certo que se insere no capítulo relativo às fontes das obrigações, que por sua vez se insere no título das obrigações em geral, e no livro dedicado ao direito das obrigações.

1280 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, p. 18.

1281 Cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 24-25.

1282 Anterior § 305 BGB.

que outra coisa resulte da lei. Assim, a estipulação a favor de terceiro é pacificamente considerada um desvio a este princípio.¹²⁸³

No que ao contrato diz respeito, os diferentes pontos de partida não revelam uma oposição de fundo entre os dois sistemas.¹²⁸⁴ O mesmo não é dizer que os princípios se assemelhem: vimos que são essencialmente distintos no escopo e no sentido. Simplesmente, não obstante manterem-se distintos, aconteceu que, historicamente, houve quem desse o salto do primeiro para o segundo, na doutrina francesa, e do segundo para o primeiro, na doutrina alemã. O que não impede que, dogmaticamente, se aceite um deles e se rejeite o outro: no que respeita ao contrato, a afirmação de princípio da sua relatividade sai imaculada das críticas decisivas que foram sendo apontadas à relatividade da obrigação.¹²⁸⁵

Em França, só com a chamada teoria da oponibilidade se precisou o sentido do princípio da relatividade dos contratos. Partiu-se da ideia de que este não seria tão lato quanto aparenta uma leitura literal do preceito em que se encontra plasmado.¹²⁸⁶ A teoria da oponibilidade, hoje unanimemente adoptada pela doutrina francesa, embora com algumas pequenas variações, surgiu em França nos anos 30 do séc. XX.¹²⁸⁷ Teve por objectivo primordial explicar e legitimar os efeitos dos contratos em relação a terceiros. Na sua formulação clássica, pode resumir-se em duas proposições: (i) o princípio do efeito relativo dos contratos significa somente que estes não podem produzir efeitos obrigacionais em relação a terceiros, ou seja, que por via de um contrato não pode tornar-se um terceiro credor ou devedor; (ii) as situações jurídicas que o contrato cria ou modifica nas esferas das respectivas partes são oponíveis aos terceiros.¹²⁸⁸

1283 Cfr. PALANDT/HEINRICH, «Einleitung vor § 241» pp. 236-237 m. 5.

1284 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 7 e 38.

1285 Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 251-283 e 535 n. 383; e SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, pp. 136, 162-177, 458-472 e 542-543. Cfr. ainda a *Eficácia Externa* de PEDRO MÚRIAS.

1286 Cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, p. 7.

1287 A sua primeira sistematização encontra-se em WEILL, *Relativité* (1938), *maxime* pp. 172-280 e 1007-1030. Cfr. ainda a *Relativité* (1939) de CALASTRENG.

1288 Cfr. GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 721-729; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, pp. 492-498; MARCHESSEAU, *Opposabilité*, pp. 67-99; e WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 33 e 84. Uma aplicação em tempos muito discutida da oponibilidade do contrato enquanto facto, que demonstrava bem a separação entre os domínios da força obrigatória de um contrato e da respectiva oponibilidade a terceiros – e invocabilidade por terceiros – era a tomada em consideração do contrato como justa causa de enriquecimento do terceiro destinatário de uma atribuição na acção *de in rem verso*. Sobre esta, cfr. MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 121-123; e JÚLIO GOMES, *ESC*, pp. 37-42. Cfr. os desenvolvimentos de WEILL, *Relativité*, pp. 252-270 e 631-668; e CALASTRENG, *Relativité*, pp. 278-309. Mais recentemente, também na doutrina francesa, cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 106-107; e MARCHESSEAU, *Opposabilité*, pp.

O estado actual da doutrina francesa não se encontra longe das conclusões a que chegou alguma doutrina germânica.¹²⁸⁹ Numa primeira hipótese, o princípio da relatividade poderia exprimir a ideia de que os direitos de crédito só beneficiariam de uma protecção relativa, ou seja, que o credor só poderia pedir contas de um eventual incumprimento ao respectivo devedor. A melhor doutrina contesta a aplicabilidade deste princípio, procurando demonstrar que algumas normas gerais de protecção são, em princípio, comuns a todos os direitos subjectivos, sendo os direitos de crédito dotados de uma protecção absoluta, embora as técnicas de protecção sejam diferentes das utilizadas para a protecção de outros direitos, estruturalmente distintos, como o direito de propriedade, para cuja protecção o direito dispõe de uma multiplicidade de meios que não se encontram ao dispor dos credores.¹²⁹⁰

A relatividade poderia significar, numa segunda hipótese, que aos terceiros não seria permitido retirar qualquer efeito de um contrato, todos os efeitos que dele retirassem configurando excepções a este princípio. Esta concepção resultaria de uma interpretação literal dos preceitos legais relevantes de direito francês – e de direito português – contra a qual se manifestou a teoria da oponibilidade. Também a doutrina germânica afastou esta concepção alargada da relatividade, sem grande valor dogmático ou normativo, dada a multiplicidade amorfa dos possíveis efeitos de um contrato em relação a terceiros, que

85-86. Cfr. *infra* n. 1421.

1289 Na Alemanha, DÖRNER realizou uma aturada pesquisa acerca do princípio da relatividade em direito alemão, cujas conclusões expôs na sua *Dynamische Relativität*. O que o autor designa por fenómeno da relatividade dinâmica, particular objecto do seu estudo, corresponde à mobilidade das relações contratuais perante terceiros (p. 374). A sua obra é actualmente a principal obra de referência na matéria na doutrina de língua alemã.

1290 DÖRNER, *Dynamische Relativität*, maxime pp. 57-61 e 100-101. No mesmo sentido, JÜRGEN SCHMIDT, *Aktionsberechtigung*, pp. 17-53. O autor afirma que de duas normas – uma permissão de liberdade e uma proibição geral de perturbação – se compõe a estrutura constitutiva de um direito subjectivo (p. 17). Analisando o esquema hohfeldiano, conclui que a estrutura de todo o direito subjectivo corresponde, necessariamente, a um complexo de *privilege + right* (p. 37). Cfr. HOHFELD, *Conceitos*, pp. 28-56. Cfr. *infra* n. 1420. Contra, cfr. LARENZ, *Subjektive Rechte*, pp. 139 e 141-146. Cfr. DÖRNER, *Dynamische Relativität*, p. 52 n. 185. Cfr. M. GALVÃO TELES, *Direitos*, p. 676, para quem a distinção entre direitos relativos e direitos absolutos seria estrutural, decorrendo da natureza do bem jurídico afectado à pessoa. Nos direitos relativos, este seria um comportamento de pessoa diferente do titular do direito – uma prestação ou o seu resultado. Seria outro, nos direitos absolutos. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade*, p. 265, sustenta que «há direitos que na sua existência estão ao abrigo da actuação de outros sujeitos (...) e direitos que estão sujeitos a essa actuação». Aos primeiros chama absolutos e aos segundos relativos, terminologia que adopta, embora com repugnância, dada a sua equívocidade. Sobre a protecção absoluta da titularidade do crédito como um limite à relatividade de eficácia das obrigações, vejam-se, entre nós, ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 172-185; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 259-283; SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, pp. 458-472 e 542-543; e PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa*, s. 5 (e s. 13). A questão não será aqui aprofundada, visto relevar para o tema deste estudo, não a (pretensa) relatividade dos direitos de crédito, mas apenas a dos contratos.

impossibilitariam qualquer análise teórica de pendor globalizante das restrições decorrentes do princípio da relatividade.

A relatividade poderia, enfim, exprimir a ideia de que, estruturalmente, só as partes do contrato estariam ligadas, e se responsabilizariam, pelos direitos e deveres a que este dá azo. Foi este o resultado a que chegou a teoria da oponibilidade, e seria este, para a doutrina da especialidade, o sentido correcto do princípio em direito alemão.¹²⁹¹ Distinguem-se os mecanismos que fazem produzir no contrato efeitos obrigacionais em relação a terceiros dos mecanismos que fazem produzir quaisquer outros efeitos em relação a terceiros. Só os primeiros configurariam desvios ao princípio da relatividade do contrato.¹²⁹²

O princípio da relatividade dos contratos, assim expurgado de tudo o que tinha a mais, revelou-se no entanto demasiado restritivo, nuns sistemas jurídicos mais do que noutros, porque excessivamente focado no conceito de obrigação.¹²⁹³ Este facto foi posto em evidência por alguma doutrina de expressão francesa, que distinguiu entre a «força obrigatória» dos contratos e o seu «conteúdo estritamente obrigacional»: o seu efeito criador de obrigações. Segundo a posição então maioritária na doutrina, dizer que os contratos têm força obrigatória seria o mesmo que dizer que as partes se vinculam a executar as obrigações deles nascidas. Todavia, é sabido que a criação de obrigações, de vínculos entre direitos e deveres, é apenas um de vários conteúdos possíveis dos

1291 DÖRNER, *Dynamische Relativität*, maxime pp. 70-71, 100-101 e 124. O autor recusa que a relatividade caracterize, distintivamente, certas normas jurídicas, ou a protecção conferida a certos direitos por oposição a outros, concluindo que respeita, unicamente, à questão da titularidade dos direitos e deveres de que se compõe a relação jurídica no seu todo. Relatividade, neste sentido, traduziria um «princípio de imputação» (*Zurechnungsprinzip*). Este princípio acentuaria o lado negativo do princípio da liberdade contratual, determinando que cada um responde apenas pela sua própria conduta obrigacionalmente relevante. Cfr. ainda as conclusões das pp. 374-386. WINTGEN, *Opposabilité*, p. 67, adere inteiramente à análise de DÖRNER.

1292 DÖRNER, *Dynamische Relativität*, pp. 111-122. O autor reúne na categoria das «excepções» os casos em que o direito positivo permite uma extensão dos efeitos obrigatórios, para além das partes, a um terceiro – essencialmente o caso da estipulação a favor de terceiro – e aqueles em que ocorre uma sucessão numa dada posição: a cessão da posição contratual, a cessão de crédito, a transmissão de dívida. Todos eles seriam exemplos de mobilidade e, por conseguinte, da relatividade dinâmica de DÖRNER. Cfr. *supra* n. 1289.

1293 Os efeitos do contrato criador de obrigações em relação a terceiros são consideravelmente menos numerosos no direito alemão do que no direito francês – ou português – dada a dissociação, existente no primeiro, entre o acto criador de uma obrigação e o acto de disposição. Este último escapa por completo à teorização do princípio do efeito relativo da obrigação. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 83-84. Cfr. *infra* n. 1296.

contratos.¹²⁹⁴ Os contratos que dão azo a obrigações para as partes produzem muitas vezes outros efeitos, para além dos puramente obrigacionais. E existem ainda muitos contratos que não originam entre as partes quaisquer obrigações. A começar pelos contratos translativos, mas abrangendo todos os contratos criadores de posições jurídicas activas ou passivas distintas das que compõem o vínculo obrigacional, bem como dos contratos modificativos ou extintivos de quaisquer posições jurídicas activas ou passivas. Por outras palavras, dizer que as partes se vinculam a um contrato é mais do que dizer que elas se tornam credoras ou devedoras por virtude do contrato. Por isso procurou distinguir-se a «força obrigatória» dos contratos e o seu efeito criador de obrigações.¹²⁹⁵⁻¹²⁹⁶

«[A] força obrigatória do contrato não se limita a este efeito, pontual, criador de obrigações: o contrato *compromete*, de forma global, quem o celebra».¹²⁹⁷

Identificou-se então a «força obrigatória» do contrato com o seu efeito normativo (julgo mais clara e abrangente a expressão «força normativa»). Esclareceu-se que a «força obrigatória» resulta da criação, pelo contrato, de uma nova norma jurídica, que se impõe às partes como se imporia uma norma de fonte legal, e que servirá em momento ulterior de referência ao juiz encarregado de dirimir um conflito entre as partes.¹²⁹⁸

1294 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, p. 72. Na senda de ANCEL, *Force Obligatoire, maxime* pp. 785-788, o autor dá os exemplos dos direitos potestativos, que se contrapõem, não a um dever, mas antes a uma sujeição, e do contrato-quadro, em que as partes se ocupam da regulação dos termos em que irão decorrer as suas futuras relações, sem criarem, tipicamente, qualquer obrigação. Sobre o contrato-quadro, cfr. *infra* n. 2180 e o texto a partir da n. 2239.

1295 Nesta tarefa tomou a primazia ANCEL, *Force Obligatoire*, pp. 771-810.

1296 Note-se que o campo de aplicação do princípio da relatividade é mais reduzido no direito alemão do que no direito francês. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 64-65. Em direito alemão, o princípio aplica-se apenas aos negócios obrigacionais, (*Verpflichtungsgeschäfte*), criadores de obrigações, e não aos negócios dispositivos (*Verfügungsgeschäfte*), que têm por objecto transmitir, modificar ou extinguir direitos existentes. Sobre esta dissociação, característica do direito alemão, cfr. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, pp. 410-418. Cfr. ainda PALANDT/HEINRICH/ELLENBERGER, «Überblick vor § 104» p. 74 mm. 15-18. Veja-se, todavia, HEILMANN, *Vz Dritter*, pp. 1853-1857, em defesa da tese, julgo que isolada, de que, no direito alemão, o contrato a favor de terceiro – como veremos um dos principais desvios ao princípio da relatividade – deverá classificar-se, lado a lado com a cessão, entre os negócios dispositivos. Com a implicação, entre outras, de a eventual invalidade do contrato em nada afectar a pretensão do terceiro, que teria o seu fundamento na relação entre o estipulante e o terceiro, sendo o acto de disposição ao terceiro meramente abstracto, no que concerne ao contrato a favor de terceiro.

1297 AUBERT, *Contrat*, p. 97.

1298 ANCEL, *Force Obligatoire, maxime* pp. 774-775.

«O essencial, para nós, é afirmar que o acto contratual não é apenas produtor de direitos, mas que, mais fundamentalmente, é produtor de direito, de regras jurídicas.»¹²⁹⁹

Um exemplo usado para ilustrar a distinção entre a força normativa do contrato e o seu efeito criador de obrigações é a possibilidade de dissociação da respectiva duração, designadamente, no instituto da caução¹³⁰⁰ – para este efeito poderia igualmente recorrer-se ao exemplo do contrato de seguro. Identifica-se a força normativa do contrato com o que impropriamente se chamou *obligation de couverture* e o seu efeito criador de obrigações com a *obligation de règlement*.¹³⁰¹ Transpondo este exemplo para o domínio do contrato de seguro, podemos dizer que a força normativa do contrato se sente desde o início material do contrato, que vincula durante todo o tempo em que o risco se encontra coberto.¹³⁰² Contudo, o efeito criador de um dever de prestar na esfera do segurador, e do correspondente direito de crédito, encontra-se suspenso até à ocorrência do sinistro.

A partir desta distinção, a doutrina mais recente divide-se. Uma corrente de pensamento defende que o verdadeiro âmbito do princípio do efeito relativo dos contratos se cinge ao

1299 ANCEL, *Force Obligatoire*, p. 775. O autor sustenta que, no fundo, se trata apenas de levar a sério o que dispõe o art. 1134 CCfr (cfr. *infra* n. 1304). Este não diz que as partes se obrigam, mas que o contrato as vincula *lien de loi* (pp. 774-775). No mesmo sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, p. 72, seguindo de perto ANCEL, *Force Obligatoire*, *maxime* pp. 774-775. Este autor traça as raízes da sua concepção até Kelsen, *Teoria Pura*, pp. 287-290. Explica, todavia, que, contrariamente a este autor, não se mostra avesso à ideia da criação de direitos pelos contratos, apenas insiste em que não se resume a isso o seu papel. LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 26-27, explica também, para o direito alemão, que a relação obrigacional é constituída por todo um conjunto de consequências jurídicas (*Rechtsfolgen*) que vigoram entre as partes: vigência normativa (*normative Geltung*). Na obra de Kelsen não se vislumbra, contudo, qualquer manifestação de que a sua visão do papel normativo do contrato extravasaria o domínio do estritamente obrigacional, a contraposição dos direitos e deveres das partes.

1300 Neste sentido, ANCEL, *Force Obligatoire*, pp. 797-803.

1301 Esta terminologia, actualmente muito difundida na doutrina francesa, foi inicialmente usada por MOULY, *Causes*, pp. 37 e 325-338. ANCEL, *Force Obligatoire*, p. 797, faz-lhe referência, criticando todavia o recurso ao termo «obrigação» para a qualificação da cobertura, que o autor atribui a uma confusão entre a força normativa e o efeito obrigacional dos contratos. «Seria uma obrigação bem curiosa, cujo objecto teríamos dificuldade em definir: o que significa "cobrir" as dívidas do devedor? Visto que não é ainda pagar, será fazer alguma coisa (...)? Será não fazer alguma coisa? (...) Bem curiosa a obrigação, ainda porque o credor nunca poderá exigir a sua execução, nem assegurar a sanção da sua inexecução». O autor conclui que a dita «obrigação de cobertura» não seria outra coisa senão a tradução da força normativa do contrato. Na sequência desta expressão houve até quem sugerisse que, ao elenco de obrigações que as classifica em obrigações de *dare*, de *fare* e de *non fare*, se acrescentassem as «obrigações de garantir». Cfr. KANAYAMA, *Garantir*, pp. 375-399, que atribui a paternidade da sugestão, que defende, ao jurista japonês FUJIO OHO. Cfr. ainda NICOLAS, *Risque*, p. 643, que, referindo-se a esta sugestão, acrescenta que à *obligation de couverture* se chama por vezes *obligation de garantie*.

1302 Essa transposição foi aventada pelo próprio MOULY, *Causes*, pp. 332-334.

respectivo conteúdo obrigacional, ao vínculo que une um credor a um devedor, estendendo-se a sua força normativa, livremente, aos terceiros.¹³⁰³ Há quem sustente, pelo contrário, que embora deva olhar-se além da obrigação, os efeitos do contrato que são relativos em virtude do art. 1165 CCfr são precisamente os mesmos que são vinculativos em virtude do art. 1134 CCfr.¹³⁰⁴ Ou seja, que não é somente o poder criativo de direitos e deveres, mas é em geral o poder normativo do contrato que é limitado pelo princípio do efeito relativo.¹³⁰⁵ Esta ideia, que subscrevo, não elimina a oposição entre o domínio da relatividade e o domínio da oponibilidade:

«Segundo esta nova análise, o princípio do efeito relativo limita-se a restringir às partes, e aos que se lhes assimilam, o efeito obrigatório do contrato. Significa simplesmente que só as partes podem tornar-se credoras ou devedoras por efeito do contrato, e, mais amplamente, sujeitos activos e passivos dos efeitos obrigatórios deste último. Em contrapartida, não obsta à oponibilidade do contrato e das situações contratuais nascidas deste último.»¹³⁰⁶

Ressalvados os desvios ao princípio, são relativos todos os efeitos dos contratos que tenham por fundamento o poder normativo das partes: é relativa a vinculatividade do contrato. O mesmo é dizer, os efeitos estipulados pelas partes só as ligam a elas próprias. Ressalvados tais desvios, pode dizer-se com propriedade que ligações só as há entre as partes.¹³⁰⁷ Em suma, o princípio da relatividade dos contratos abrange todas as posições

1303 É esta a posição do próprio ANCEL, *Force Obligatoire*, pp. 806-807.

1304 De acordo com este preceito, os contratos «ocupam o lugar de lei entre os que os celebraram».

1305 Cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 73 e 78. O que não significa que não possa haver efeitos contratuais estipulados pelas partes que se imponham ao resto do mundo. Basta pensar no exemplo de alguns contratos reais *quoad effectum*. Cfr. os arts. 413.º e 421.º CC. Estes são efeitos reais e não efeitos obrigacionais dos contratos. Mas são casos em que a força normativa dos contratos se impõe a terceiros. Por isso funcionam como um limite ao princípio da relatividade dos contratos. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 349; e PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa*, s. 4.

1306 GHÉSTIN, *Introduction*, pp. 12-13. A distinção francesa entre a força obrigatória e a oponibilidade dos contratos tem como correspondente na doutrina belga a distinção entre os respectivos «efeitos internos», meramente *inter partes*, e os «efeitos externos», perante terceiros. FONTAINE, *Effets*, pp. 40-66; e *Synthèse*, p. 431.

1307 Veja-se, neste sentido, PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa*, s. 7, para quem o princípio da relatividade dos contratos significa que as estipulações num contrato só produzem o efeito estipulado nas esferas jurídicas das próprias partes, e não na de terceiros, com a ressalva, quanto aos efeitos positivos, do contrato a favor de terceiro. Só os efeitos estipulados assentam na autonomia privada, só eles fazendo sentido limitar por via do princípio da relatividade dos contratos. Sobre o acto de contratar como um exercício de liberdade jurígena, o contrato como meio de autodeterminação das partes, e os seus limites, veja-se SOUSA RIBEIRO, *Problema*, pp. 21-176.

activas ou passivas por este criadas, modificadas ou extintas, e não apenas os eventuais vínculos jurídicos entre um crédito e um débito a que usamos chamar obrigação. Esta afirmação é fiel ao princípio, na sua configuração histórica e de fontes, sem prejuízo de, no nosso ordenamento jurídico, a admissibilidade genérica do contrato a favor de terceiro ter reduzido o alcance deste princípio ao seu lado negativo (vê-lo-emos melhor já de seguida). Num seguro, o efeito relativo abrange o estado de vinculação do segurador a que chamamos cobertura, estado esse que liga o segurador, seu sujeito passivo, ao segurado, sujeito activo, titular da cobertura. Ambas as posições emanam da força normativa do contrato, ainda que não correspondam a uma obrigação – embora a pressuponham: este estado de vinculação não existe sem a estipulação da possibilidade de constituição de uma obrigação, de um vínculo, neste caso condicional, entre um devedor e pelo menos um credor.

Já *as situações activas ou passivas criadas ou modificadas nas esferas jurídicas das partes* em resultado do exercício da respectiva autodeterminação – sejam elas de natureza real ou meramente creditícia – serão, enquanto tais, em maior ou menor grau, oponíveis aos terceiros, que, na medida em que as circunstâncias assim o exijam, deverão respeitá-las.¹³⁰⁸ Esta *oponibilidade*, potencialmente *erga omnes*, não configura uma limitação ao princípio do efeito relativo dos contratos. É antes um princípio distinto, paralelo ao primeiro, e de importância idêntica.¹³⁰⁹ Pertencem ao campo da oponibilidade os casos do que se chama

1308 SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, p. 176, distingue o efeito translativo de um direito, designadamente, de propriedade, que só se dá entre as partes, do dever de terceiros de respeitarem esse efeito: o próprio direito de propriedade. A esse direito, como qualquer direito subjectivo, incluindo os de crédito, é imanente um dever geral de respeito: «a exclusividade do titular na actuação do bem que o direito subjectivo lhe garante – *postula a oponibilidade do direito, a possibilidade de este poder [ser] oposto aos outros, por modo a demarcar-lhes um limite à sua liberdade de agir. Opor o direito é afirmá-lo, enquanto tal, perante os outros, é poder exigir dos outros que o respeitem.*» (p. 464). Cfr. ainda p. 472. Adiro à posição do autor, estendendo-a, todavia, a todas as posições activas e, por via da sua protecção, às respectivas posições passivas. Discordo, por conseguinte, de WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 79-80, quando diz que o princípio da relatividade, que se refere ao poder normativo das partes, não impede a lei de estabelecer outros efeitos contratuais, designadamente translativos de direitos, sustentando que os efeitos translativos do contrato são efeitos legais distintos dos seus efeitos obrigatórios. Cfr. ainda ASSUNÇÃO CRISTAS, *Transmissão*, p. 572, para quem o direito de crédito, «entendido como titularidade de uma situação jurídica activa, e não encarado especificamente de um ponto de vista estrutural, é oponível a todos». Nesta perspectiva, «como activo patrimonial transaccionável e respeitado por todos, o direito de crédito é igual aos direitos reais». Cfr. VAZ SERRA, *Efeitos*, p. 336, que afirmava já explicitamente que «os contratos produzem efeitos *erga omnes*, no sentido de que todos têm de reconhecer os efeitos deles entre as partes, podendo até ser prejudicados por eles».

1309 Neste sentido, FONTAINE, *Synthèse*, p. 431. Entre nós, neste sentido, SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, *maxime* pp. 335-337 e 470-472.

a eficácia externa das obrigações.¹³¹⁰ Nestes casos, não se diz dos terceiros que se encontram a estas vinculados, na qualidade de credores ou de devedores, mas antes que, apesar de estranhos às obrigações, deverão, ainda assim, respeitá-las.¹³¹¹

6.2. Direitos de terceiros de fonte contratual: o contrato a favor de terceiro

6.2.1. Conceito

Centremo-nos, não na oponibilidade das situações activas ou passivas criadas nas esferas jurídicas das partes em resultado da celebração de contratos, mas naquele que configura o principal desvio ao lado positivo do princípio do efeito relativo dos contratos: a possibilidade, admitida na lei, de constituição ou modificação de situações jurídicas activas e de extinção ou modificação de situações passivas – daí a referência ao lado

1310 Encontrávamos um bom exemplo de oponibilidade de um contrato de seguro a terceiros nalguns casos de pluralidade de seguros. Um segurador podia invocar a existência de um seguro anteriormente contratado entre o seu tomador e outro segurador como fundamento legítimo para a recusa da indemnização. Neste sentido dispunha o art. 434.º CCom. Como é óbvio, não se aplicarão a estes casos, ainda que se trate de seguros de coisas, eventuais sanções legais ou contratuais contra o sobresseguero. Cfr. WEILL, *Relativité*, pp. 669-677. Idêntica seria a solução se, no contrato de seguro inicialmente contratado, não fossem partes, nem o segurador que o invocou, nem o tomador que com este contratara. Desde que fosse o mesmo o objecto da cobertura de ambos os contratos de seguro. Neste sentido, PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 155-158. Pense-se no caso de um tomador que se segura a si próprio contra um dado risco. Por hipótese: a sua responsabilidade civil profissional como advogado. Para além deste seguro, existia contudo um outro, de grupo, anteriormente celebrado pela ordem dos advogados por conta de todos os seus membros. O nosso tomador até podia ignorar a existência deste primeiro contrato, visto que não fora celebrado por si, nem lhe pediram que a ele «aderisse». Ainda assim, o segurador que consigo contratara podia invocar a existência destoutro seguro. Neste caso, a consequência da pluralidade não era a nulidade do segundo contrato porque não haveria o perigo de um sobresseguero. O nosso tomador teria, quando muito, o direito de pedir a redução do seu próprio contrato, assim que tomasse conhecimento da pluralidade de seguros, visto que passaria a precisar de uma cobertura menor para o efeito de cumprir o limite da obrigatoriedade do seguro. Actualmente, veja-se, em sentido distinto, o art. 133.º/3 LCS. Este preceito reconhece ao segurado a faculdade de escolha do segurador a quem exigirá a indemnização. Esta faculdade não pode ser afastada pelas partes, salvo se se tratar de um seguro de grandes riscos (art. 13.º/1 e 2 LCS). O tomador continua a ter o direito a uma redução do contrato celebrado em segundo lugar (por aplicação extensiva do art. 132.º/1 e 2 LCS).

1311 Cfr., por exemplo, *Responsabilidade*, de SANTOS JÚNIOR; e *Eficácia Externa*, de PEDRO MÚRIAS. Sobre o princípio da oponibilidade dos contratos, veja-se, em França, GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 766-851; e TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, pp. 492-498. Vejam-se em especial as observações críticas de BOIZEL, *Équilibre*, pp. 13-19, sobre Cass. Fr. 06.10.2006 (em plenário). Este tribunal, porventura com algum excesso de zelo, num caso cujos factos permitiriam resolver por via da figura, desconhecida na jurisprudência francesa, do contrato com efeitos protectores de terceiro, acaba por afirmar que todo o terceiro relativamente a um contrato pode invocar contra as partes o respectivo incumprimento contratual, com fundamento em responsabilidade delitual, bastando para isso provar a existência de dano e o nexo de causalidade entre o incumprimento e esse dano. Em Inglaterra, sobre o delito civil de incitamento ao incumprimento de um contrato ou de interferência no cumprimento de um contrato, veja-se DENNING, *Discipline*, pp. 175-194. Este é um tema que não cabe aqui aprofundar.

positivo do princípio – na esfera jurídica de um terceiro, por mero efeito de um contrato.¹³¹² Ou seja, a permissão, concedida pelas partes a um terceiro, de retirar vantagem directa da força normativa do contrato, fazendo valer os seus termos.¹³¹³ Entramos no domínio daquilo a que a lei chamou, com total apoio da doutrina, o contrato a favor de terceiro.¹³¹⁴

O contrato a favor de terceiro é um contrato em que as partes estipulam um efeito jurídico positivo de terceiro.¹³¹⁵ Prefiro usar o verbo «estipular» porque, em rigor, as

1312 Falo em desvio e não em excepção, como muitas vezes se diz, para deixar claro que não há nada de excepcional, em sentido jurídico, na permissão de estender a terceiros, pela positiva, a força normativa de um contrato. O art. 443.º CC contém uma regra geral em toda a extensão do seu sentido. A sua interpretação não está, por conseguinte, sujeita aos constrangimentos tidos por decorrentes do art. 11.º CC.

1313 FONTAINE, *Synthèse*, p. 346. Entre nós, sustentando que a admissibilidade do contrato a favor de terceiro é uma «excepção» ao princípio da relatividade, que não se relaciona com o princípio da oponibilidade, veja-se SANTOS JÚNIOR, *Responsabilidade*, pp. 469-470. Salvo na utilização do termo «excepção» para qualificar a natureza deste desvio ao princípio, adiro à posição do autor. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 28-33, nota que, de início, a doutrina se esforçou por encontrar para a figura do contrato a favor de terceiro uma justificação que não pusesse em causa o princípio da relatividade dos contratos, enunciando brevemente algumas das mais significativas teorias de então: a teoria da proposta contratual ou, nas palavras do autor, a teoria da oferta; a teoria da gestão de negócios; a teoria do negócio jurídico unilateral; a teoria da condição. Tais teorias não representam hoje mais do que curiosidades históricas, pelo que, nesta sede, não serão por mim analisadas. Sobre essas teorias, e ainda as teorias da representação sem poderes e da propriedade fiduciária, esta última de origem inglesa, vejam-se ainda as exposições de PALMER, *First Steps*, pp. 18-21; e de GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 389-395. No contexto específico do seguro de vida a favor de terceiro, cfr. BOLDÓ, *Beneficiário*, pp. 24-36. Por fim, veja-se FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 540-542. Este autor acrescenta que o contrato a favor de terceiro «afecta também o princípio do contrato, segundo o qual, no âmbito da autonomia privada, a fonte normal das obrigações é o contrato, sendo excepcional a admissibilidade de criação por negócio jurídico unilateral». Afecta-o, porque a principal razão de ser deste princípio «assenta na intangibilidade da esfera jurídica alheia, mesmo quando o efeito é favorável a quem não participa no contrato (*invito non datur beneficium*)» (p. 541). No mesmo sentido, BAYER, *Vz Dritter*, pp. 220-221, que sublinha que só o § 328 BGB (nosso art. 443.º/1 CC) possibilita o desvio ao princípio do contrato que representa o contrato a favor de terceiro, com o complemento do disposto no § 333 BGB (nosso art. 447.º CC), segundo o qual a rejeição do benefício opera *ex tunc*, com a consequência de que tudo se passa como se o benefício nunca existira. É esta circunstância que justifica o desvio ao princípio do contrato.

1314 O contrato a favor de terceiro não é o único desvio ao princípio do efeito relativo dos contratos. MAZEAUD/CHABAS, *Obligations*, p. 894, colocam-no lado a lado com a acção directa. Sobre esta, cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1700. WINTGEN, *Opposabilité*, p. 58, pega na distinção entre duas categorias de partes, traçada por alguma doutrina francesa, que separa as partes contratantes, isto é, as que participaram pessoalmente na celebração de um contrato, e todas as demais, isto é, todas aquelas a quem o contrato estende, por força de uma regra de direito, a sua força normativa. Insiste neste ponto porque entende que não há diferença substancial de natureza entre as regras que estendem a força normativa do contrato a terceiros que passam a qualificar-se como partes, como será o caso da cessão de posição contratual, e as que mantêm a qualificação de terceiros, não obstante a extensão, a si próprias, da força normativa do contrato. Sobre esta distinção entre duas categorias de partes, cfr. *supra* n. 47.

1315 Cfr. os arts. 443.º a 451.º CC. A definição proposta colhe inspiração em PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa*, s. 4; e em ANGELONI, *CFT*, p. 5. Sobre o contrato a favor de terceiro, veja-se *Vz Dritter*, a monografia de BAYER; e ainda GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 464-510; LARENZ, *Schuldrecht I*, pp.

partes nem sempre atribuem o que pretendem atribuir, dada a possibilidade de ineficácia da estipulação. Recorro à expressão «efeito jurídico positivo» porque considero insuficiente a simples referência a uma permissão de «retirar vantagem» do contrato. O efeito tem de ser jurídico, não podendo ser meramente económico¹³¹⁶ e, por outro lado, não se exige uma averiguação da natureza vantajosa do efeito, de que se trata efectivamente de um benefício, sendo suficiente a verificação de que corresponde a um efeito jurídico positivo – ou activo – do contrato.¹³¹⁷

217-224; e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 152-161. Na Alemanha, existe uma noção mais restrita da figura, na medida em que, por força da particular estrutura do seu direito privado, esta se cinge ao domínio dos contratos obrigacionais, em que ao terceiro é atribuído um direito de crédito. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 129-130 e 182. Cfr., no mesmo sentido, GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 465-466; LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 217-218; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 152-153; e KRAUSKOPF, *Vz Dritter*, p. 5. Todavia, embora ainda sem reflexos na jurisprudência, ouve-se um número crescente de vozes na doutrina alemã contra o que designam o dogma da invalidade dos actos dispositivos a favor de terceiro, em defesa da aplicação analógica do regime legal dos contratos a favor de terceiro aos contratos dispositivos – pelo menos os relativos a obrigações e, com algumas restrições, também os reais. Neste sentido, BAYER, *Vz Dritter*, pp. 194-208. O autor aponta o exemplo português, em que estes contratos são expressamente consagrados como sendo a favor de terceiro (p. 196). Em Itália, o tema mereceu a atenção de PACCHIONI, *CFT*, pp. 4-90 (direito romano) e 91-202 (direito civil). Transparece na segunda parte da sua obra uma profunda influência da doutrina germânica sobre a doutrina italiana no que respeita à dogmática do contrato a favor de terceiro, de cujos exageros o autor tenta libertar-se. Os arts. 1128 e 1130 do CCit de 1865 reproduziam, com pequenos retoques, os arts. 1119-1121 e 1165 CCfr. Mais recentemente, veja-se na doutrina italiana, por todos, o *CFT* de ANGELONI. O autor afirma que por contrato a favor de terceiro não se criam somente direitos de terceiro, mas toda e qualquer atribuição patrimonial – discordo deste qualificativo – em virtude do princípio consensualístico insito no art. 1376 CCit de 1942 (p. 1). Sobre o contrato a favor de terceiro nos vários sistemas jurídicos europeus, veja-se KÖTZ, *ECL*, pp. 245-262; e PALMER, *First Steps*, pp. 8-27. A figura é actualmente aceite em toda a Europa. Todavia, existem entre os vários sistemas jurídicos algumas diferenças substanciais de regime. Cfr. ainda o art. 6:110 PECL e os arts. 5.2.1-5.2.6 dos *Unidroit Principles (2004)*. Sobre a recente alteração em Inglaterra, cfr. STEVENS, *Act*, pp. 292-323 (muito crítico); e YEO, *Third Party Rights*, pp. 34-53. Vejam-se, por último, os recentes arts. 6:253-257 CCnl.

1316 É demasiado abrangente a afirmação de LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 17, de que o «objecto imediato do contrato a favor de terceiro pode ter diversa natureza jurídica e os mais diferentes conteúdos económicos», bastando «que a aquisição pelo terceiro seja de um benefício ou vantagem, de carácter patrimonial ou não, que corresponda da sua parte a um interesse digno de tutela». E logo em seguida demasiado restrita, ao exigir que a vantagem seja «tutelada por um direito». Não há razão para a limitar a um direito, com exclusão das demais situações jurídicas activas. Também demasiado abrangente é a afirmação de FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 534, de que estes contratos teriam como elemento comum «a atribuição de uma vantagem patrimonial a quem não é parte no contrato». Nada justifica a exigência de que a vantagem seja patrimonial – até mesmo quando a vantagem corresponda ao direito a uma prestação, esta não carece deste atributo, como se retira do disposto no art. 398.º/2 CC.

1317 O efeito tem de ser positivo. O terceiro pode beneficiar do contrato mas já não se lhe podem impor deveres por via do contrato, pelo menos sem a sua aceitação, mediante a qual o terceiro passaria a ser parte no contrato, perdendo a qualidade de terceiro. No entanto, é hoje pacífico que já se lhe podem impor ónus, visto que, com a sua imposição, não resulta afectada a sua esfera de liberdade, limitando-se as partes a delinear os contornos da vantagem que lhe proporcionam, a fixar os meios de que o terceiro se pode socorrer para atingir o fim possibilitado pelo contrato, ficando na sua disponibilidade a sua prossecução. Cfr. GASPERONI, *Oneri*, pp. 809-825. O autor sublinha que, com os

Digo que esse efeito é «de terceiro» porque, para termos um contrato a favor de terceiro, esse efeito tem de estar na titularidade de terceiro, ou seja, o terceiro tem de passar a ser, por efeito do contrato, sujeito de uma qualquer situação jurídica activa, ou continuar a sê-lo, tendo-se a situação modificado em sentido positivo por efeito do contrato, ou tem de deixar de ser sujeito de uma qualquer situação jurídica passiva, ou continuar a sê-lo, tendo-se a situação modificado em sentido positivo por efeito do contrato – tudo sem com isso passar a ser (tratado como) parte no contrato.¹³¹⁸ A titularidade de uma situação jurídica distingue o efeito directo do efeito meramente reflexo do contrato.¹³¹⁹ Mas é importante perceber que, não obstante a redacção do nosso preceito legal, por contrato a favor de terceiro pode criar-se na esfera jurídica do terceiro muito mais do que um direito de crédito, ou de qualquer outra espécie de direito, sendo certo que podemos, de um modo geral, fazer referência à situação do terceiro beneficiário recorrendo à linguagem própria do direito subjectivo:¹³²⁰ estando em causa a constituição ou modificação de uma

ónus, o sujeito «é chamado a desenvolver uma actividade no próprio interesse», enquanto o dever de conduta que integra a obrigação é «imposto por uma norma de tutela de um interesse alheio» (p. 820). Cfr. ainda ANGELONI, *CFT*, pp. 97-99. Entre nós, cfr. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 113-119. O autor ajuíza que quem quiser impor obrigações ao terceiro recorrerá à figura do «contrato por conta do beneficiário», por via, designadamente, do mandato sem representação ou da gestão de negócios. Sobre estes, cfr. *infra* n. 1951. O autor entende que estes permitem ao terceiro uma mais aturada ponderação dos seus interesses. O que o autor parece querer dizer é que, querendo impor-se obrigações ao terceiro, deverá celebrar-se o contrato em nome do próprio terceiro, ainda que sem os respectivos poderes, encontrando-se o terceiro protegido por via do requisito de uma posterior ratificação dos actos praticados em seu nome. A propósito do ónus, afirma que o critério é o de que «o terceiro permaneça absolutamente livre de escolher entre o cumprimento e o não cumprimento». O não cumprimento não pode implicar para o terceiro outras consequências para além da perda do direito (p. 117).

1318 No contrato a favor de terceiro, todas as situações activas e passivas continuam a pertencer às partes, salvo aquela ou aquelas posições activas que (também) se estipulam para o terceiro. Cfr. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 48 e 213 (referindo-se apenas ao direito).

1319 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 17, acrescenta que o benefício do terceiro poderia corresponder, economicamente, a uma prestação a que o estipulante já se obrigara para com o terceiro, mas não poderia «ser juridicamente a mesma». O autor dá o exemplo da transmissão de dívida. O promitente poderia obrigar-se, por contrato a favor de terceiro, a pagar ao terceiro um montante que já lhe era devido pelo estipulante. Mas já não se trataria de contrato a favor de terceiro se se tratasse de uma transmissão, para o promitente, da dívida do estipulante perante o terceiro. Cfr. ainda pp. 67-73. Discordo da posição do autor. É certo que, neste último caso, a transmissão seria ineficaz sem a ratificação do credor (art. 595.º/1/a) CC). Mas semelhante contrato coloca ambas as partes à mercê do terceiro credor, que passa a ter o privilégio de ratificar ou não o contrato, podendo na verdade escolher de entre dois devedores, quando antes não podia fazê-lo. Isto numa transmissão com exoneração do primeiro devedor. A vantagem para o terceiro seria ainda mais óbvia no caso contrário. Não posso senão concluir que, também aqui, estamos perante um contrato a favor de terceiro. Este é, portanto, um falso requisito do contrato a favor de terceiro.

1320 A categoria do direito subjectivo é naturalmente mais ampla do que a do direito de crédito. Esta é apenas uma modalidade de direitos subjectivos. O nosso sistema jurídico assenta na categoria dogmática de direito subjectivo. Esta não é uma característica comum a todos os sistemas jurídicos. HOHFELD, por exemplo, usava na sua influente esquematização o termo «direito» (*right*) para se referir unicamente ao correlativo de «dever» (*duty*). O nosso direito potestativo corresponde em grande

qualquer situação jurídica activa ou a extinção ou modificação de uma qualquer situação jurídica passiva, podemos sempre falar, com propriedade, no direito, que as partes conferem ao terceiro, de fazer valer os termos – ou pelo menos um dos termos – do contrato.¹³²¹ É disso que se trata: da *possibilidade, estendida a certos terceiros, de fazerem valer, em seu nome e por sua própria conta, qualquer um dos termos do contrato*.

Note-se que nem sempre se trata de um direito de acção. É igualmente possível conferir por contrato a um terceiro, não uma arma de ataque – um direito de acção – mas uma arma defensiva – o direito de invocar o contrato para se defender de uma acção proposta por uma das partes – designadamente, mas não só, o chamado *pactum de non petendo* a favor de terceiro.¹³²²

A categoria, mais restrita, dos contratos *obligacionais* a favor de terceiro delimita-se mais simplesmente por referência ao que podemos chamar um «credor característico»: o que determina a qualificação de semelhantes contratos como a favor de terceiro é unicamente a circunstância de o credor – ou um dos credores – ser um terceiro. De resto, o seu conteúdo pode ser um qualquer.

Regressando ao universo mais amplo dos contratos a favor de terceiro, obrigacionais e não obrigacionais, o efeito jurídico positivo produz-se *de imediato* na esfera jurídica do terceiro, por mero efeito do contrato, ou seja, sem necessidade da aceitação, da cooperação ou sequer do conhecimento do terceiro.¹³²³ Salvo convenção em contrário, os

medida à sua categoria de «poder» (*power*). Para um exemplo de direito que o autor qualificaria como uma «imunidade» (*immunity*), cfr. *infra* n. 1322.

1321 Veja-se o preâmbulo do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999: «Uma lei para regular a possibilidade de terceiros fazerem valer termos de um contrato.»

1322 Nesse sentido, KÖTZ, *ECL*, pp. 257-259; e BAYER, *Vz Dritter*, pp. 141-142. Esta possibilidade é expressamente admitida no art. 6:253/1 do novo CCnl (referência ao direito de exigir a prestação ou, em geral, de invocar o contrato contra qualquer uma das partes). Cfr. ainda o art. 6:257 CCnl (esse direito é legalmente conferido ao auxiliar da parte que beneficia, contratualmente, de uma cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade pela conduta do auxiliar). HOHFELD, *Conceitos*, pp. 77-85, chamaria à posição activa assim conferida ao terceiro, não um direito, mas uma «imunidade» (*immunity*). No domínio dos seguros, um exemplo desta possibilidade é a renúncia contratual do direito de sub-rogação do segurador em relação a um ou mais terceiros. O art. 136.º/4/b) LCS afasta esse direito em relação a algumas pessoas, mas as partes podem estipular o alargamento desse regime a outros terceiros – que, nesse caso, passariam a poder invocar o contrato em defesa de uma acção do segurador. Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 80 pp. 695-697 mm. 1 e 10-12.

1323 VAZ SERRA, *CFT*, p. 72 n. 93. O autor fazia referência à concepção de muitos de que «imediatamente» significaria que o direito não é transmitido ao terceiro pelo estipulante, não tendo passado pelo seu património, qualificando-a como «duvidosa». Acrescentava que o seu significado seria antes que «o terceiro adquire o direito sem a sua cooperação». Cfr. ainda pp. 130 e 208. A referência expressa à desnecessidade de cooperação que constava do seu projecto não passou para o nosso Código Civil

efeitos surgem *ex novo* na esfera jurídica do terceiro. Tem natureza originária, *relativamente ao estipulante*, a sua aquisição do direito de fazer valer os termos do contrato: o terceiro não é o transmissário de algo anteriormente pertencente ao estipulante, embora a sua aquisição provenha de uma atribuição sua – é claro que nada obsta a que seja o transmissário de um direito ou outra situação activa anteriormente pertencente ao promitente.¹³²⁴

«O carácter directo da pertença conferida ao terceiro beneficiário assume aqui toda a sua dimensão. Longe de ser um indivíduo que se substitui a um outro numa relação obrigacional anteriormente criada, o terceiro beneficiário é investido de um direito próprio de que é o *primeiro* titular. A estipulação para terceiro é geradora de um direito *originário*, virgem de toda a apropriação passada. A este título, o contrato de base merece bem a qualificação de acto constitutivo enquanto fonte eficiente desta prerrogativa. O papel criador de obrigação nova da estipulação para terceiro procede da atribuição a um sujeito activo de um direito que nunca pertencera a outrem antes de se fixar pela primeira vez no seu património.»¹³²⁵

(cfr. p. 214 art. 2.º/1). Mas essa alteração foi apenas de forma. Na substância, a regra permaneceu idêntica, como se retira, inequivocamente, do disposto no art. 444.º/1 CC. Cfr. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 106-108; ou ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 420-421. O mesmo afirma BAYER, *Vz Dritter*, p. 219. O autor sublinha igualmente que a aquisição do benefício pode ser sujeita a condição ou termo (p. 226). Acrescenta que a condição pode consistir numa prestação do terceiro a uma das partes do contrato, não havendo problema porque o terceiro a nada se obriga (p. 227). Por contrato a favor de terceiro, podem as partes impor ónus ao terceiro (p. 228). Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 125-126. Curiosamente, não é assim em direito neerlandês, onde no recente código civil se dispõe expressamente que o surgimento do direito do terceiro carece da sua prévia aceitação, pela qual deixa de o ser e se torna parte no contrato. Cfr. os arts. 6:253/1 (necessidade de aceitação) e 6:254/1 (consequência da aceitação: o terceiro torna-se parte) CCnl. Sobre isto, cfr. o comentário de PALMER, *First Steps*, pp. 23-24.

1324 VAZ SERRA, *CFT*, pp. 196-198, afirmava que o direito adquirido pelo terceiro resulta do contrato, não tendo saído do património do estipulante para o do terceiro, razão pela qual os credores da herança do primeiro ou os seus herdeiros não poderão comportar-se como se a prestação ao terceiro integrasse a herança. O que não significa que estes não possam contar com o que foi prestado pelo estipulante ao promitente – designadamente os prémios de seguro – como contrapartida da prestação ao terceiro, por via dos institutos da impugnação pauliana, da colação, da imputação e redução por inoficiosidade. Esta qualificação resulta entre nós inequivocamente do disposto nos arts. 450.º/1 CC e 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 460.º CCom. Neste sentido, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, pp. 431-432; ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 410 n. 2; e LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 106-108 e 140-142.

1325 ROUX, *Rôle Créateur*, p. 169. O autor conclui que a estipulação para terceiro «é um mecanismo jurídico cuja função principal consiste em geral um direito de crédito originário em proveito de um terceiro com base num contrato» (p. 279). Fora a restrição ao direito de crédito, concordo, com a ressalva,

Por este motivo, e como melhor veremos mais à frente, a situação do terceiro beneficiário escapa, em princípio, às investidas dos credores do estipulante, e também se encontra protegida, não sem alguns limites, contra as pretensões dos herdeiros do estipulante.¹³²⁶

Do contrato a favor de terceiro em sentido próprio deve distinguir-se o contrato a favor de terceiro em sentido impróprio. Remonta a finais do séc. XIX a primeira sistematização clara da distinção entre os contratos a favor de terceiro constitutivos de um direito na

acima já feita, de que a originalidade da situação do terceiro apenas respeita à sua relação com o estipulante: nada obsta a que o terceiro seja o transmissário de um direito ou outra situação activa anteriormente pertencente ao promitente. JADOUL, *SPA*, p. 424, afirma que também no direito belga, salvo convenção em contrário, o direito do terceiro entra directamente na sua esfera jurídica, sem nunca ter feito parte do património do estipulante. Ao contrário do que acontece no nosso ordenamento, e nos ordenamentos de expressão francófona, na falta de disposições legais sobre a matéria, não se encontra a mesma unanimidade na doutrina germânica. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 3, 209-237, 276-286, 303-323. O autor combate o que chama o dogma da aquisição originária do direito do terceiro, sustentando que em numerosos casos o contrato a favor de terceiro dá lugar a uma aquisição derivada do direito do terceiro. Concretamente, começa por distinguir entre contratos originários e supervenientes a favor de terceiro (*anfänglicher e nachträglicher Vertrag zugunsten Dritter*) (p. 211). Nos primeiros, o terceiro é desde logo beneficiado no acto de celebração do contrato. Nos segundos, a cláusula beneficiária surge por acordo subsequente das partes ou, encontrando-se desde logo estipulada no contrato, reservou-se ao estipulante a faculdade de indicar posteriormente – ou não – a pessoa do beneficiário. Neste último caso, o estipulante obtém do promitente a promessa de cumprimento *mihi aut cui volam*. Muitos seguros de vida são celebrados de acordo com este último modelo. Em todos estes casos, o terceiro tanto pode adquirir o seu direito no momento da designação como adquiri-lo em diferido, entendendo o autor que deverá então distinguir-se consoante, no tempo que mediou entre a atribuição e a aquisição do direito, ocorreu uma aquisição intermédia do direito pelo estipulante (*Zwischenserwerb der Vertragsrechte durch den Versprechensempfänger*) (p. 212). Na dúvida, a aquisição do direito pelo terceiro é imediata, salvo no que respeita aos contratos em que a prestação deva ocorrer após a morte do estipulante, caso em que a regra supletiva é a de que a aquisição é diferida (p. 230). Essa regra é afastada nos casos em que o estipulante abdica, desde logo, do direito de revogar a estipulação a favor do terceiro (p. 248). Nesse período intermédio, o único credor do promitente é o estipulante (p. 231). É no seu património que se encontra o direito de crédito (p. 254). Credor no sentido de sujeito intitulado, não apenas a exigir a prestação, mas também à própria prestação, é o que parece decorrer das palavras do autor, quando diz que o crédito se encontra no património do estipulante. De contrário não haveria aqui qualquer especialidade. Tanto que o autor vem a concluir que, nesse período intermédio, o crédito fica à mercê dos credores do estipulante (p. 255). E que o estipulante pode transmiti-lo ou empenhá-lo sem restrições, bem como proceder ao resgate, no caso dos seguros de vida, entendendo-se que, se o fizer, caduca a designação beneficiária (p. 257). O autor sustenta que os contratos supervenientes a favor de terceiro são negócios dispositivos. Em sua opinião, a única diferença entre estes contratos e uma cessão de posição contratual estaria na sua celebração, não entre credor antigo e credor novo, mas sim entre credor antigo e devedor (p. 277). Nos contratos originários a favor de terceiro com aquisição imediata do direito pelo terceiro, não haveria aquisição intermédia do direito pelo estipulante (p. 279). Teria natureza originária a aquisição do direito pelo terceiro (p. 279). Já nos contratos originários a favor de terceiro com aquisição do direito pelo terceiro no momento da morte do estipulante, haveria aquisição intermédia do direito pelo estipulante (p. 280). Isto decorreria, em seu entender, do § 331 I BGB (salvo, naturalmente, se se estipular a irrevogabilidade do direito do terceiro). BAYER é defensor de uma posição que podemos qualificar como intermédia em relação às duas principais correntes doutrinárias sobre a matéria. Em defesa da tese de que a aquisição do terceiro tem sempre natureza originária, maioritária na doutrina germânica, cfr. a

esfera do terceiro e os contratos a favor de terceiro meramente autorizativos da prestação ao terceiro.¹³²⁷ Esta classificação veio demonstrar a importância de se ter em conta que não é suficiente, para qualificar um contrato como a favor de terceiro em sentido próprio, a mera verificação da existência de um benefício de terceiro, visto que nos contratos a favor de terceiro em sentido impróprio o benefício também existe, ou pode existir, mas ao terceiro não é conferido o direito de o exigir. A classificação é actualmente comum à doutrina continental.¹³²⁸

Houve quem fizesse equivaler os contratos a favor de terceiro em sentido impróprio aos contratos com prestação a terceiro.¹³²⁹ Discordo. Por um lado, em sentido amplo, todos estes contratos são contratos com prestação a terceiro – se o que estiver em causa for uma prestação. Por outro lado, em sentido estrito, julgo mais conveniente relegar para a

jurisprudência e doutrina citadas pelo autor a p. 276 n. 388. Nesse sentido, WESENBERG, *Vz Dritter*, p. 133; HARDER, *Zuwendungen*, pp. 130-131; GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 468-470; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I-II*, p. 297; e HASSE, *Gemischten Lebensversicherung*, p. 1176 n. 6. Há ainda quem sustente que a aquisição do terceiro é sempre de natureza derivada, ainda que deva nalguns casos ficcionar-se a ocorrência da sua aquisição somente um segundo jurídico após a do estipulante. Neste sentido, a doutrina citada pelo autor a p. 277 n. 389. Neste sentido, por todos, o *Vz Dritter* de HOFFMANN. No mesmo sentido, no domínio dos seguros de vida, cfr. ainda ELFRING, *Drittwirkungen*, p. 165.

1326 Cfr. ROUX, *Rôle Créateur*, pp. 170-177. Em França, a solução é relativamente pacífica, pelo menos desde Cass. Fr. 02.07.1884. BAYER, *Vz Dritter*, p. 268. Em Portugal, cfr. os arts. 446.º/1 e 450.º/1 CC. Quanto aos seguros a favor de terceiro, cfr. ainda o art. 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 460.º CCom. Cfr. *supra* n. 1324 e *infra* o texto a seguir à n. 1610. Em França e na Itália também existem preceitos legais expressos em matéria de seguros, no sentido de que só ao tomador cabe revogar uma designação beneficiária. Cfr. o art. L.132-9 CAfr e o art. 1923 CCit. Na Alemanha, pelo contrário, na falta de disposições equivalentes, a posição dominante na doutrina é a oposta. Na doutrina recente vejam-se, por exemplo, DEUTSCH, *VVR*, p. 69; HOFMANN, *PVR*, p. 61; e, mais detalhadamente, BAYER, *Vz Dritter*, pp. 260-267. No que ao seguro de vida respeita, designadamente, é hoje relativamente pacífico que, salvo em caso de irrevogabilidade da designação beneficiária, caso em que o direito ao benefício se considera integrar o património do beneficiário (p. 260 n. 289 e p. 267), os credores do tomador-segurado podem revogar a designação beneficiária. Contudo, se não o fizerem a tempo, esta produzirá os seus efeitos, mesmo na pendência de uma execução, ou de um processo de insolvência (p. 263). Neste último caso, os credores podem optar entre o resgate do seguro e a sua permanência em vigor, que se justificará, designadamente, no caso de o tomador-segurado se encontrar gravemente doente (p. 263). Mesmo em caso de seguro de vida misto, em caso de morte e de sobrevivência, se reconhece aos credores do tomador-segurado o poder de atacar o direito condicional do tomador-segurado (p. 267). Com o limite da impenhorabilidade das pretensões fundadas em seguro de vida em caso de morte até ao montante de 4140 DM. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 274-275. Actualmente, esse montante é de €3.579 (cfr. § 850b I ZPO).

1327 A sistematização é de HELLWIG, *Leistung an Dritte* (1899), pp. 42-43. O autor preferia as designações *berechtigender Vertrag zugunsten Dritter* e *ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter* às que vieram mais tarde a generalizar-se: contratos a favor de terceiro em sentido próprio (*echte Vertrag zugunsten Dritter*) e em sentido impróprio (*unechte Vertrag zugunsten Dritter*). Entre nós, VAZ SERRA, *CFT*, pp. 45-46, distinguia os contratos a favor de terceiro «verdadeiros e próprios», ou atributivos de direitos (*berechtigende*); e os contratos a favor de terceiro «falsos ou impróprios», ou meramente autorizativos (*ermächtigende*).

1328 Cfr. KÖTZ, *ECL*, p. 245.

1329 Neste sentido, VAZ SERRA, *CFT*, pp. 45-46; e ANGELONI, *CFT*, p. 15.

categoria dos contratos com prestação a terceiro os casos em que o terceiro só releva enquanto receptor formal da prestação. Por exemplo, o terceiro pode ser alguém que eu contratei para restaurar a coisa por mim adquirida, ou alguém a quem eu prometi vender, subsequentemente, a coisa que entretanto consegui adquirir. Do ponto de vista de quem promete simplesmente entregar a coisa a um terceiro, ou de quem tem a faculdade, contratualmente estipulada, de se exonerar prestando a terceiro, é irrelevante qual destas duas situações motivou a sua contraparte a contratar. Mas eu não qualificaria nenhum destes casos como contratos a favor de terceiro em sentido impróprio – dado que nestes o terceiro não tem sequer competência de aquisição da prestação.¹³³⁰ Julgo que, para o serem, o terceiro deve ser mais do que um simples receptor formal da prestação. Já seria um destinatário material da prestação se eu tivesse contratado com a minha contraparte, não apenas a entrega, mas a transmissão da propriedade sobre o objecto desta para o terceiro, não concedendo todavia a este qualquer pretensão à execução do contrato. E pense-se, por exemplo, nalguns seguros de responsabilidade civil, em que o destinatário é um terceiro lesado sem o direito à prestação. Nesses casos, é mesmo a extensão do seu dano que irá determinar o valor da prestação.¹³³¹ Note-se, por último, que as partes não costumam pronunciar-se de forma muito clara sobre a atribuição ou não ao terceiro de um direito de exigir a prestação, excepção feita aos contratos dos sectores bancário e de seguros, onde impera o recurso a cláusulas contratuais gerais. Por conseguinte, a conclusão acerca da modalidade de contrato em causa em cada caso concreto nem sempre é inequívoca.¹³³²

Impõe-se, antes de mais, um apontamento terminológico. No contrato a favor de terceiro temos em campo um mínimo de três sujeitos: duas partes e um terceiro.¹³³³ Já tive ocasião de me referir à figura do terceiro num contrato a favor de terceiro sob a designação de «terceiro beneficiário» – ou simplesmente «terceiro» sempre que o contexto o permita. Manterei essa designação. Note-se, contudo, que, para estarmos perante um contrato a favor de terceiro, este terceiro só não pode ser parte em sentido substancial, podendo perfeitamente ser parte em sentido formal: nada impede que o terceiro tenha intervindo

1330 Sobre a competência de aquisição da prestação, cfr. *infra* n. 1421.

1331 Sobre a distinção entre o contrato a favor de terceiro em sentido próprio e impróprio e o simples contrato com prestação a terceiro, cfr. ainda SPIELBÜCHLER, *Der Dritte*, pp. 16-21; e BAYER, *V_z Dritter*, p. 129.

1332 Neste sentido, BAYER, *V_z Dritter*, p. 131 n. 9.

1333 Sobre os conceitos de parte e de terceiro, cfr. *supra* o texto a seguir à n. 42.

no contrato como representante de uma das partes.¹³³⁴ Falta-me agora nomear as partes. A lei refere-se-lhes como o promitente e o promissário, designações que não serão, todavia, as mais correctas, na medida em que tomam a parte pelo todo, dado que apenas se ajustam aos contratos obrigacionais a favor de terceiro, em que o que está em causa é a promessa de uma prestação.¹³³⁵ Com esta ressalva, julgo no entanto poder adoptá-las sem grande prejuízo para o leitor. Falarei, por conseguinte, no «promitente» – ou «devedor» – para designar a parte que promete prestar ao terceiro beneficiário. Sempre que o contexto o permita, referir-me-ei simplesmente ao segurador. Falarei no «promissário» – ou, preferencialmente, no mais prático e mais abrangente «estipulante» – para designar a parte a quem é prometida a prestação ao terceiro beneficiário.¹³³⁶ Sempre que o contexto o permita, referir-me-ei simplesmente ao tomador.

Não recorrerei às expressões mais assentes na doutrina de expressão portuguesa e estrangeira para me referir às relações entre as partes e entre o estipulante e o terceiro: respectivamente, «relação de cobertura» ou «de provisão» e «relação de valuta».¹³³⁷ Tais

1334 Contra, cfr. MESSINEO, *Rapporti col Terzo*, p. 196; FRANZONI, *Terzi*, p. 1208; e LEITE DE CAMPOS, *JRC*, pp. 66-67. Não penso que esta posição se justifique. Por exemplo, posso celebrar um contrato de seguro de vida em representação de minha mãe, designando como beneficiários os seus herdeiros, entre os quais me incluo. Naturalmente que preciso, para a designação, de uma procuração com poderes especiais para o efeito, com indicação expressa da identidade dos beneficiários pretendidos, dado o carácter pessoal da designação beneficiária. Veja-se, como lugar paralelo, a determinação legal do carácter pessoal do testamento, no art. 2182.º CC. Se no caso do testamento o seu carácter pessoal justificará a inadmissibilidade de representação, já no caso do seguro de vida essa inadmissibilidade não existe, nem julgo que se justificasse, sendo no entanto de estender à designação beneficiária num seguro de vida, por analogia, a qualificação como acto de carácter pessoal.

1335 Veja-se o disposto no art. 443.º/2 CC. Já o fazia notar VAZ SERRA, *CFT*, pp. 114 e 119 (na senda de HECK). Para o autor, que menciona ainda os contratos reais e os contratos liberatórios a favor de terceiro, «a admissão dos contratos obrigacionais a favor de terceiro não é uma norma singular, relacionada especialmente com eles, mas uma consequência da regra da autonomia privada». Cfr. HECK, *Grundriss*, pp. 148-150. No mesmo sentido, para o direito italiano, cfr. FRANZONI, *Terzi*, p. 1227. Sobre a terminologia utilizada entre nós, veja-se VAZ SERRA, *CFT*, p. 29. Cfr. a crítica terminológica em FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 535.

1336 FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 535-536, nota, com razão, que ambas as partes são estipulantes num contrato a favor de terceiro. Propõe uma terminologia alternativa: «parte atribuinte» para o promitente e «parte disponente» para o promissário. Julgo, todavia, que estas expressões enfermam da mesma fragilidade apontada ao termo «estipulante», visto que ambas as partes dispõem e ambas atribuem algo ao terceiro. Opto, por conseguinte, pelo recurso à terminologia consagrada, embora com a consciência da sua falta de rigor.

1337 Cfr. VAZ SERRA, *CFT*, p. 53; ou LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 27-28 e 79-81. Veja-se a crítica em FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 536-537. O autor propõe uma terminologia alternativa: «relação contratual principal ou externa» (entre as partes no contrato a favor de terceiro); «relação subjacente ou interna» (entre o promissário e o terceiro); e «relação de atribuição» (entre o promitente e o terceiro). MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 541, preferiu referir-se, por inspiração germânica, à «relação básica» (*Grundverhältnis*) (entre as partes no contrato a favor de terceiro); e à «relação de atribuição» (*Zuwendungsverhältnis*) (entre o promitente e o terceiro). Note-se, todavia, que houve aqui um lapso do autor, dado que, na obra em que colhe inspiração, LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 224, esta

expressões, originárias da figura da delegação, não se mostram particularmente apropriadas ao contrato a favor de terceiro, ao que acresce a desvantagem de o seu significado não ser imediatamente apreensível aos ouvidos de quem não as conhece. No que concerne aos seguros, a primeira expressão tem a desvantagem acrescida de se confundir com a atribuição de cobertura de um risco. Não sinto necessidade de a elas recorrer, ou a um seu sucedâneo, pelo que me absterei de atribuir nomes a cada uma das relações entre os sujeitos num contrato a favor de terceiro. Falarei simplesmente na relação entre as partes, na relação entre o promitente e o terceiro e na relação entre o estipulante e o terceiro.

Tendo presente as três relações, identifiquemos agora as várias atribuições tipicamente presentes num contrato a favor de terceiro.¹³³⁸ Esquecendo a eventual remuneração do promitente e pensando apenas no vector da relação em que entra o terceiro, temos nada menos do que três atribuições.¹³³⁹ Para melhor ilustrá-lo, pensemos no caso de um contrato obrigacional. Antes de mais, a prestação que o promitente deve ao terceiro traduz-se em pelo menos dois actos atributivos indirectos, nenhum dos quais entre o promitente e o terceiro. Efectivamente, ao prestar ao terceiro, o promitente cumpre o que foi uma atribuição sua ao estipulante: a constituição de uma obrigação perante o terceiro. Se o contrato for sinalagmático, essa prestação é contrapartida daquilo que ele próprio irá receber do estipulante. Ao mesmo tempo, se presta ao terceiro, fá-lo em execução de uma atribuição do estipulante ao terceiro. Veremos adiante que há os contratos obrigacionais a favor de terceiro em que a atribuição do estipulante ao terceiro se esgota na constituição do direito de crédito do terceiro, e aqueles em que a atribuição do estipulante inclui o próprio acto de prestar ao terceiro.¹³⁴⁰ Ambas as disposições são

última expressão designa a relação entre o estipulante e o terceiro e não a relação entre o promitente e o terceiro, de harmonia aliás com o que vêm sendo as opções terminológicas da doutrina maioritária mais recente. Cfr. por exemplo BAYER, *Vz Dritter*, pp. 209-210. Este simples facto mostra bem como as designações propostas por qualquer dos autores não correspondem totalmente às exigências de expressão clara e inequívoca neste domínio.

1338 Sobre o conceito de atribuição (e o de disposição), cfr. *supra* o texto a partir da n. 778.

1339 VAZ SERRA, *CFT*, pp. 185-186; e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, pp. 431-432, falavam antes em actos dispositivos, mas o conceito que usavam será necessariamente distinto do meu: se entendessem os actos dispositivos como aqueles em que um direito subjectivo actualmente existente é imediatamente transformado – na sua titularidade ou conteúdo – ou extinto, como o faço, não poderiam dele fazer uso para identificar, em abstracto, quaisquer actos dispositivos nos contratos a favor de terceiro, uma vez que a sua qualificação dependeria do seu conteúdo concreto e não dos contornos que lhes são dados pela categoria. Parece-me antes que os autores usavam um conceito de disposição semelhante ao meu conceito de atribuição.

1340 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1559.

indirectas: a primeira, porque o destinatário da atribuição não é o destinatário imediato da prestação, e a segunda, porque o autor imediato da prestação não é o verdadeiro autor da atribuição. Temos ainda um acto atributivo directo do promitente ao terceiro: o próprio acto de prestar.¹³⁴¹ É claro que também o promitente pode, em certos casos, destinar a atribuição do direito de crédito ao terceiro, situação em que teremos um acto atributivo comum das partes ao terceiro.¹³⁴²

A identificação dos vários actos atributivos presentes num contrato a favor de terceiro é importante sobretudo nos casos em que, como no contrato de seguro, a atribuição do segurador é também distinta e mais ampla do que o mero acto de prestar que consubstancia o pagamento da indemnização em caso de sinistro. Com efeito, no contrato de seguro, se este for celebrado por conta e a favor de terceiro, quer a indemnização venha ou não a ser paga a esse terceiro, o que determina que se trate de um contrato a favor de terceiro é a cobertura de um risco de terceiro. Nesses casos, é a cobertura a principal atribuição (indirecta) do estipulante ao terceiro e, simultaneamente, a principal atribuição (directa) do promitente ao terceiro.

Noutros casos, o sujeito do risco coberto será o próprio tomador-segurado, sendo o contrato de seguro, como veremos, não um seguro por conta, mas um contrato a favor de terceiro apenas porque se concedeu a um terceiro, na qualidade de beneficiário, o direito de exigir a prestação.¹³⁴³ Nesses casos, a única atribuição do promitente ao terceiro será a própria prestação, podendo no entanto dizer-se que, tendencialmente, o que o estipulante atribui ao terceiro, em primeira linha, é antes o respectivo direito de crédito.¹³⁴⁴

1341 BAYER, *Vz Dritter*, pp. 286-288, sublinha a distinção entre a atribuição cujo conteúdo é o direito de crédito, que muitas vezes será a única atribuição do estipulante ao terceiro, e a atribuição correspondente à própria prestação, que poderá ser, simultaneamente, uma atribuição directa do promitente ao terceiro e uma atribuição indirecta do estipulante ao terceiro. Isto pode ser assim, quando o que está em causa é apenas uma obrigação. No contrato de seguro, como veremos já de seguida, a coisa complica-se um pouco, na medida em que é maior a confusão material entre os actos atributivos do promitente e do estipulante ao terceiro.

1342 Cfr. o art. 448.º/2 CC. Cfr. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 28.

1343 Sobre o seguro por conta de outrem, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1892.

1344 Vê-lo-emos melhor *infra* no texto a seguir à n. 1552.

6.2.2. Combate a uma inversão metodológica

Sigo para uma maior explicitação da razão de ser da análise, nesta sede, da figura do contrato a favor de terceiro. Nesta altura, já se vê que admito a possibilidade de qualificar um contrato de seguro como um contrato a favor de terceiro.¹³⁴⁵ Essa possibilidade é por vezes posta em causa por alguma jurisprudência, que, explícita ou, com mais frequência, implicitamente, parte da qualificação do contrato em apreço como um contrato de seguro para a afirmação de que essa qualificação exclui a sua consideração como um contrato a favor de terceiro.¹³⁴⁶ Dada a existência dessa linha jurisprudencial, ainda que minoritária, julgo conveniente explicitar, brevemente, o que permite a qualificação de um contrato, simultaneamente, como um contrato de seguro e um contrato a favor de terceiro.

Os *tipos* contratuais distinguem-se tradicionalmente das modalidades ou *categorias* contratuais.¹³⁴⁷ Estas são geralmente estabelecidas segundo critérios mais simples de classificação, com um maior ou menor grau de abstracção, por meio dos quais nos limitamos a isolar *uma* característica dos contratos. As categorias contratuais poderão ou não esgotar todo o universo contratual. Muitas vezes, serão meramente dicotómicas – é o caso da divisão dos contratos em onerosos e gratuitos ou em sinalagmáticos e não sinalagmáticos. Já vimos que a circunstância de podermos classificar um dado contrato por via do recurso simultâneo a várias categorias não faz do mesmo um contrato misto, porque estas categorias obedecem a critérios de classificação diferentes, funcionam em

1345 Também o admite a lei. Cfr., por exemplo, o art. 37.º/2/f) LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 10.º/1/c) e 13.º/c) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. O contrato de resseguro também pode ser configurado pelas partes como um contrato a favor de terceiro: por vezes o ressegurador obriga-se no contrato celebrado com o segurador a pagar a indemnização directamente ao segurado deste último, tendo este o direito de exigir o cumprimento dessa obrigação. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 555. Cfr. o art. 75.º/2 LCS. A redacção do preceito causa alguma estranheza: na verdade, para que o segurador possa atribuir a terceiros «a titularidade ou [o] exercício de direitos que lhe advenham do contrato de resseguro» esta faculdade deverá, naturalmente, encontrar-se estipulada no contrato de resseguro. A isto acresce que o fenómeno seria mais correctamente enquadrado sem a referência à circunstância de os direitos se encontrarem antes na titularidade do próprio segurador. Com efeito, não há aqui, necessariamente, um caso de transmissão de direitos mas antes, e salvo se o contrário resultar das estipulações das partes, uma constituição de direitos na esfera dos terceiros. Por fim, os direitos podem atribuir-se aos terceiros por efeito directo do contrato de resseguro, sem necessidade de estipulação para o efeito nos contratos de seguro.

1346 Veja-se, para um exemplo que tenho por particularmente infeliz, o Ac. STJ 13.04.1994. «Aqui chegados, façamos o ponto da situação: 1.º – O contrato sub judice não pode deixar de ser tratado como um contrato de seguro. 2.º – Isto exclui que o consideremos um puro e simples contrato a favor de terceiro. 3.º – Mas, como contrato de seguro, ele não pode ser havido como um contrato por conta de outrem.» (p. 344). No mesmo sentido, cfr. o Ac. RL 10.12.1992.

1347 Claro que, num certo sentido, mais amplo, que agora não interessa explorar, os tipos também são modalidades ou categorias de contratos.

planos distintos – e por isso cruzam-se – sobrepõem-se – sem interferir umas nas outras.¹³⁴⁸

O contrato a favor de terceiro é uma categoria contratual. Quando falamos no contrato a favor de terceiro, consideramos os sujeitos dos efeitos contratuais. Esta é uma categoria dicotómica, destinada a esgotar o universo contratual, na medida em que o divide em dois subconjuntos: o dos contratos a favor de terceiro e o dos contratos que não são a favor de terceiro, ou seja, que só estipulam efeitos positivos das próprias partes.¹³⁴⁹ Daí dizer-se que não existem contratos abstractos a favor de terceiro.¹³⁵⁰ Esta afirmação visa pôr em evidência que nenhum contrato é *apenas* um contrato a favor de terceiro.¹³⁵¹ Que só existem compras e vendas a favor de terceiro, locações a favor de terceiro, prestações de serviço a favor de terceiro, e por aí em diante, e ainda contratos atípicos ou mesmo inominados a favor de terceiro.¹³⁵² O contrato a favor de terceiro não é um dos contratos em especial, integrando-se o seu regime na parte geral do direito das obrigações.

Aos contratos, ainda que típicos, aplicam-se regras provenientes de diversos níveis de abstracção. Tal como existem regras comuns a todos os negócios jurídicos, nomeadamente as regras sobre a sua formação, outras regras existem que se aplicam

1348 Exemplo de escola: um contrato típico – o contrato de compra e venda – é também qualificado como um contrato oneroso e sinalagmático.

1349 Poder-se-ia ainda distinguir os contratos consoante só (i) produzam efeitos normativos para as partes; (ii) produzam efeitos positivos para terceiros; (iii) produzam efeitos negativos para terceiros – os contratos em prejuízo de terceiro: normalmente inválidos; e (iv) produzam efeitos positivos e negativos para terceiros – também normalmente inválidos.

1350 Di-lo, designadamente, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 154. Contra, a posição isolada de HEILMANN, *Vz Dritter*, pp. 1853-1857. Cfr *supra* n. 1296. BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 785, adere a este aspecto consensual na doutrina fazendo referência específica ao contrato de seguro.

1351 Cfr. HARDER, *Zuwendungen*, pp. 122-123. Uma recolha jurisprudencial exaustiva de exemplos de contratos celebrados a favor de terceiro foi feita por BAYER, *Vz Dritter*, pp. 138-182. O autor conclui que a figura é usada em praticamente todos os tipos contratuais (p. 138). Identifica, não somente contratos em que se estipulou uma obrigação principal a favor de terceiro, como também contratos em que a obrigação a favor de terceiro é meramente acessória (p. 139).

1352 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 14, entende que, sob o ponto de vista da sua regulamentação legal, os contratos a favor de terceiro devem dividir-se em dois grandes grupos: os «nominados» e os «inominados». Julgo que a referência do autor a contratos nominados é distinta da que acima fiz, tendo o autor em vista, fundamentalmente, os casos de contratos que, tendo adquirido, não apenas um *nomen iuris* mas também uma regulação própria, e correspondendo como tal a verdadeiros tipos contratuais, são tipicamente, e não apenas acidentalmente, contratos a favor de terceiro. O autor estaria a pensar, designadamente, no seguro de vida em caso de morte, por oposição à possibilidade de ocorrência ocasional de compras e vendas a favor de terceiro. PALMER, *First Steps*, p. 18, salienta a inexistência de um *numerus clausus* de contratos a favor de terceiro (a propósito desta nova figura do direito inglês).

apenas a uma dada categoria de contratos, ainda que típicos.¹³⁵³ Aos contratos de seguro a favor de terceiro aplicar-se-ão, quer as regras próprias dos contratos de seguro, quer as regras próprias dos contratos a favor de terceiro.¹³⁵⁴ Na qualificação de um contrato – designadamente de seguro – como a favor de terceiro, e na consequente aplicação, a esse contrato, das regras próprias dos contratos a favor de terceiro, ocorre com alguma frequência uma inversão metodológica que será conveniente tornar explícita para melhor a combater.

O ponto de partida do nosso raciocínio deverá encontrar-se no princípio da relatividade dos contratos constante do art. 406.º/2 CC. De acordo com este preceito, como vimos, em princípio, o efeito normativo dos contratos só atinge as partes. Ainda de acordo com o preceito, tais efeitos poderão estender-se a terceiros «nos casos e termos especialmente previstos na lei». Daqui se retira que essa possibilidade carece de norma legal permissiva. Desviemos a nossa atenção para o art. 443.º CC. É esta a norma permissiva, *rectius*, de atribuição de competência, necessária por causa do princípio legal e histórico da relatividade dos contratos. *Não se trata de uma regra de pretensão.*¹³⁵⁵ Dela se retira que, por contrato, podem as partes estipular a favor de terceiro. Podem, designadamente, para me referir ao caso paradigmático, atribuir um direito a terceiro. Esse direito não dependerá, como vimos, de aceitação, pois que, se dependesse, o terceiro estaria na verdade a tornar-se parte no contrato, não adquirindo o direito enquanto terceiro. Desse preceito, retira-se que, *se* as partes estipularem a favor de terceiro, a sua estipulação será eficaz, a menos que

1353 Exemplo: a aplicação, ao contrato de compra e venda, do regime que lhe é próprio não impede o recurso, em simultâneo, ao regime da excepção de não cumprimento, de aplicação a todos os contratos sinalagmáticos.

1354 Isto, assim dito, parece óbvio, mas a verdade é que aparecem onde menos se espera afirmações que esquecem esta realidade. Diz-se, por exemplo, que no regime do contrato a favor de terceiro se exige que o estipulante tenha um interesse próprio mas que a exigência já não consta do regime dos seguros por conta de outrem. Neste sentido, FERRI, *Ass. per Conto*, pp. 382-383. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 187, por exemplo, afirmam, por sua vez, que a atribuição do benefício é livre no seguro de vida, não se aplicando a este tipo contratual o requisito do interesse do estipulante do art. 1411/1 CCit. Na verdade, o regime do contrato a favor de terceiro é de aplicação geral, e por isso também se aplicará, *prima facie*, aos seguros a favor de terceiro, salvo se se encontrar na figura concretamente em análise uma justificação para o afastamento desse regime. Neste sentido, a propósito da aplicação do requisito aos seguros por conta, MOTTINHO DE ALMEIDA, *Seguros por Conta*, p. 161. Independentemente da correcta interpretação do requisito do interesse do estipulante, interessará de momento reter que a existência de figuras autónomas como a do seguro por conta, com regime próprio, não obsta, por si só, a que se lhes aplique em simultâneo o regime dos contratos a favor de terceiro, na medida em que tais seguros como tal se qualifiquem. Sobre a confusão entre ambas as figuras, do seguro por conta de outrem e do seguro a favor de terceiro, veja-se *infra* o texto a partir da n. 2020 e, em especial sobre o requisito do interesse, o texto a seguir à n. 2119.

1355 Nesse sentido, sobre o § 328 BGB, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 154.

padeça de vícios, nos termos gerais, que não a mera circunstância de se estipular para terceiro. À questão de saber se as partes o fizeram tem de responder-se casuisticamente, por via da interpretação.¹³⁵⁶

Nunca poderá qualificar-se um dado contrato como sendo a favor de terceiro sem que essa conclusão seja o resultado de um processo interpretativo desse mesmo contrato. Não basta analisar o tipo em causa para qualificar um contrato como a favor de terceiro.¹³⁵⁷ Do que não decorre que não possa concluir-se que, tipicamente, um dado contrato é a favor de terceiro: que entre os indícios de um dado tipo contratual, suas notas eventuais, se conta o ser a favor de terceiro.¹³⁵⁸ Encontramos um exemplo desta possibilidade no contrato de seguro de vida em caso de morte do próprio tomador.¹³⁵⁹ Na medida em que a prestação do segurador só deve ocorrer após a morte do tomador, que é simultaneamente segurado e pessoa segura, é de supor que, na generalidade dos casos, haverá neste tipo contratual uma designação beneficiária a favor de terceiro. Mas existe a possibilidade, ainda que «académica», de não se ter designado válida e eficazmente qualquer beneficiário, nem se estipular no contrato qualquer regra supletiva para a determinação da sua identidade. Nesse caso, dispõe a nossa lei que o capital seguro deverá ser pago aos herdeiros da pessoa segura.¹³⁶⁰ Nesse caso, o seu direito não se funda no poder normativo das partes no contrato de seguro. Temos então o contrato a favor de terceiro como uma nota eventual do subtipo contratual seguro de vida em caso de morte

1356 Há unanimidade quanto a isto nos vários ordenamentos europeus. Cfr. KÖTZ, *ECL*, p. 249; e PALMER, *First Steps*, p. 22. Entre nós, cfr. VAZ SERRA, *CFT*, p. 76; LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 95; ou FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 532. Na jurisprudência, veja-se o Ac. STJ 23.09.1999. Com efeito, não se encontram vozes discordantes no tratamento dogmático da questão. Os problemas surgem com frequência, como veremos em seguida, na sua aplicação prática. Mas nem sempre assim é. No Ac. STJ 23.09.1999, o tribunal recusou-se a aceitar a qualificação de um seguro facultativo de responsabilidade civil por acidentes de viação como um contrato a favor de terceiro, na medida em que, não se encontrando junto aos autos o respectivo clausulado, nem tendo sido averiguado ou provado o seu conteúdo, não poderia interpretá-lo num sentido ou no outro. O tribunal aplicou uma regra de ónus da prova quanto ao conteúdo do contrato.

1357 Neste sentido, ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão*, p. 167 n. 312; e ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 68. No contexto do contrato de seguro de responsabilidade civil, vejam-se *infra*. nn. 1782 e 1783. Não obstante a sua afirmação ora referida, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 54 e 113; e *Relatório*, p. 72, define o beneficiário do seguro como aquele a quem a prestação deve ser liquidada e sustenta que, «[e]m princípio, o beneficiário será um terceiro nos termos previstos no contrato a favor de terceiro».

1358 BAYER, *Vz Dritter*, p. 142, distingue entre os contratos que tipicamente são a favor de terceiro e os contratos que só ocasionalmente são a favor de terceiro.

1359 Este é o exemplo paradigmático. É também o exemplo dado por BAYER, *Vz Dritter*, pp. 143-144. O autor observa que, para além do mais, este exemplo de contrato a favor de terceiro é também, de todos, o que representa, no seu conjunto, um maior peso na economia.

1360 Cfr. o art. 198.º/2/a) LCS. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1651.

em que é pessoa segura o próprio tomador. O que em nada invalida, naturalmente, a afirmação de que, em cada caso concreto, só em resultado do processo interpretativo podemos concluir que um dado contrato é a favor de terceiro.¹³⁶¹

Temos ainda um exemplo, no domínio dos seguros, de um contrato que é sempre a favor de terceiro, na medida em que faz parte da sua definição a produção do efeito normativo relativamente a um terceiro. Trata-se do seguro-caução.¹³⁶² É este um contrato em que o ser a favor de terceiro é nota necessária. Com efeito, o que diferencia este contrato do seguro de crédito em sentido estrito é apenas a circunstância de o seguro-caução ser celebrado pelo devedor a favor do respectivo credor. Sendo o contrato celebrado pelo

1361 É claro que os instrumentos interpretativos não se resumem à identificação de declarações expressas das partes. Sobre a conclusão por via da valoração de indícios, na ausência de declarações expressas, convolvendo a identificação do contrato a favor de terceiro para o plano da razoabilidade, cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Confiança*, p. 145 n. 109. Quando adiante critico o recurso a este instrumento interpretativo não o faço por discordar da sua utilização mas apenas por discordar das conclusões a que se chegou, num dado caso, por via da sua utilização. Cfr. *infra* nn. 1782 e 1783. Coisa distinta seria o reconhecimento de presunções a favor da qualificação de um contrato como a favor de terceiro. Na Alemanha, não existe qualquer presunção geral, mas existem algumas presunções em certas circunstâncias especiais, de que é exemplo a relativa aos contratos de seguro de vida e de renda vitalícia constante do § 330 BGB. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 110-111, observava que, ao contrário do que acontece nos demais códigos por ele examinados, o alemão consigna algumas presunções que o autor entende corresponderem à intenção normal das partes, pelo que defendia a sua inclusão no nosso Código Civil. Entendia ser duvidoso que devesse estabelecer-se uma presunção de carácter geral (p. 85). Mas mostrou-se favorável a certas presunções especiais, com o predomínio para a presunção de existência de um contrato a favor de terceiro no seguro de vida feito em proveito de um terceiro (pp. 91-93 e 214 art. 2.º/3). O mesmo dizia do contrato de renda vitalícia (p. 105). Tais presunções, que incluiu na sua proposta de articulado, não chegaram a integrar o nosso Código Civil. Em Inglaterra, onde só muito recentemente se admitiu, genericamente, a figura do contrato a favor de terceiro, ao processo interpretativo por via do qual se conclui pela existência de um contrato a favor de terceiro chamou-se o *dual intention test*. UNBERATH, *Transferred Loss*, p. 26. De acordo com este teste, um contrato só pode reconhecer-se como a favor de terceiro se dele se retirar (i) que as partes pretenderam atribuir um benefício ao terceiro; e (ii) que pretenderam ainda constituir um direito ao benefício na esfera do direito. O benefício tem de ser directo: distingue-se uma intenção de conceder um benefício da mera ocorrência de um potencial benefício. Cfr. YEO, *Third Party Rights*, p. 43. No entanto, o legislador do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 foi mais longe do que os seus congéneres continentais e incluiu, na s. 1(1)(b), uma presunção geral da existência de um contrato a favor de terceiro, a partir do momento em que, relativamente a um terceiro expressamente designado no contrato, se considera satisfeita a primeira parte do *dual intention test* (cfr. pp. 26-31). Cfr. ainda PALMER, *First Steps*, pp. 22-23; e STEVENS, *Act*, pp. 306-308. Por outro lado, BEALE, *Stipulations*, pp. 57-63, faz notar que o teste, tal como resulta da lei inglesa, é mais restritivo do que o seu correspondente francês, dado que deverá constar expressamente do contrato que o terceiro tem um direito de acção ou, não constando, que as partes pretendem conferir-lhe um benefício, não sendo possível retirar do contrato, pela interpretação, direitos de terceiros que nele não foram nomeados. Faz referência, como exemplo de um teste mais generoso, ao art. 6:110/1 PECL (de acordo com o qual o benefício pode inferir-se do propósito do contrato ou das circunstâncias do caso). O autor analisa o novo regime, em especial o teste que nos permite chegar à conclusão de que foi conferido um direito a um terceiro. Afirma que, com o novo regime, não se aboliu a regra geral de que os contratos só produzem efeitos entre as partes, tendo-se antes criado uma nova e ampla «excepção».

1362 Neste sentido, GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 351.

credor, para si próprio, o contrato passa a qualificar-se como seguro de crédito.¹³⁶³ Neste caso, a qualificação de um dado contrato de seguro-caução como a favor de terceiro faz-se em simultâneo com a sua qualificação como um seguro-caução. Pela interpretação concluímos que temos um devedor que, por contrato com um segurador, estipula uma garantia a favor do seu credor, e dessa conclusão seguimos, em simultâneo, para ambas as qualificações. Porque é a presença do mesmo elemento que nos permite chegar a tais qualificações. O que também em nada invalida, naturalmente, a afirmação de que, em cada caso concreto, só em resultado do processo interpretativo podemos concluir que um dado contrato é a favor de terceiro.

Neste ponto, é essencial determinar com rigor a questão que pretendemos ver respondida através da interpretação – o que devemos encontrar para podermos qualificar um contrato como a favor de terceiro.

Antes de mais, julgo conveniente salientar que, na definição proposta de contrato a favor de terceiro, tão importante como o que se diz é o que se omite, mas que será conveniente pôr em evidência, dadas as dúvidas que surgem, por vezes, na doutrina: não consta da definição proposta qualquer referência ao interesse. Adiante debruçar-me-ei sobre o significado e alcance do requisito do interesse do estipulante no regime do contrato a favor de terceiro.¹³⁶⁴ Creio, todavia, não ser demais salientar que não se exige – de todo – para a *qualificação* de um contrato como a favor de terceiro que o estipulante actue no

1363 Cfr. os arts. 161.º e 162.º LCS e os arts. 6.º/1 e 9.º/2 do DL n.º 183/88, de 24 de Maio. Sobre o seguro-caução, cfr. CALVÃO DA SILVA, *Seguro-Caução*, p. 382 O autor observa que o seguro de crédito e o seguro-caução «*diferenciam-se no plano estrutural* – o primeiro é celebrado pelo credor, para garantir o risco do incumprimento do devedor; o segundo, pelo devedor, que garante o seu próprio incumprimento –, mas *não já funcionalmente*: afinal, *ambos visam garantir o risco do incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações (...) devidas ao credor*». Cfr. ainda GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, pp. 350-353. E os Ac. STJ 16.12.1999; e Ac. STJ 27.09.2007.

1364 Art. 443.º/1 CC. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1492.

interesse do terceiro beneficiário.¹³⁶⁵⁻¹³⁶⁶ E tão-pouco se exige, inversamente, que o estipulante actue no seu próprio interesse, e não no do terceiro.¹³⁶⁷ Ver-se-á adiante que ambas hipóteses são possíveis no contrato a favor de terceiro, assim como, o que não é exactamente o mesmo, tanto pode contratar-se a favor de terceiro no contexto de uma actuação egoísta quanto altruísta.¹³⁶⁸ O estipulante pode entender que a melhor forma de realizar o seu interesse passa pela concessão de um direito ao terceiro e, inversamente, pode entender prosseguir o interesse do terceiro sem no entanto lhe atribuir qualquer direito. A *motivação* subjacente a tal estipulação não influi – de todo – na sua qualificação. A qualificação de um contrato como a favor de terceiro é o resultado de uma resposta afirmativa à questão de saber se nele foram estipulados efeitos jurídicos positivos de

1365 Segue o caminho que tenho por inadequado, designadamente, FLORBELA PIRES, *SAT*, pp. 66-71 e 84, quando conclui que a afirmação de que o contrato de seguro de responsabilidade civil seria um contrato a favor de terceiro não se compatibiliza com a ideia de que, neste contrato, o estipulante tutela o seu próprio interesse e não o interesse do terceiro. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 423, também o fazia, quando afirmava que o direito do estipulante de exigir o cumprimento «é um poder *instrumental*, *acessório*, ao serviço do interesse *fundamental* do terceiro beneficiário». Idêntica linha de raciocínio segue ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 68, quando afirma que a qualificação de um contrato como a favor de terceiro «depende substancialmente da vontade das partes, muitas vezes implícita; assim, num seguro de responsabilidade civil, na falta de disposição expressa, importa verificar se a intenção normal de um tomador de seguro médio seria beneficiar-se a si próprio – evitando que o seu património venha a responder por dívidas – ou beneficiar um eventual lesado». É certo que a questão de saber se um contrato é ou não a favor de terceiro deverá resolver-se por via interpretativa, na medida em que esta é uma matéria que se encontra, em geral, na disponibilidade das partes, devendo o intérprete questionar-se sobre se essa conclusão resulta, ou não, de uma estipulação. Mas a resposta a essa questão não se encontra na determinação de quem o estipulante visa (predominantemente) beneficiar, se a si próprio, se ao terceiro – embora se reconheça que este seria um elemento interpretativo a ter em conta.

1366 C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 32-35, refere-se ao instituto do contrato a favor de terceiro como uma fonte rica em exemplos jurisprudenciais (eu acrescentaria doutrinários) do que denomina uma atitude de hipótese da linguagem, de realismo verbal, uma atitude de absolutização de dados da linguagem sem correspondência nas realidades jurídicas que pretendem simbolizar. «O nome, mero emblema visível duma realidade mais funda, ganha um valor de substância que vem a ser, assim, ligado, não à própria realidade jurídica, mas, num puro nominalismo, ao seu sinal sensível.» (p. 33). O problema está, é claro, na expressão «a favor de». A ideia de favorecimento de um terceiro está na base das frequentes afirmações, jurisprudenciais e doutrinárias, de que um determinado contrato não será a favor de terceiro porque o estipulante não teria pretendido beneficiar o terceiro mas antes beneficiar-se a si próprio, que teria contratado por sua única e exclusiva conveniência.

1367 No pólo oposto ao dos autores há pouco citados posiciona-se LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 64, quando afirma, porventura sob influência francesa, que, no contrato a favor de terceiro, o estipulante actua sempre em nome e no interesse próprios. Encontrar-se-á porventura algum apoio para esta noção na letra do art. 443.º/1 CC. Entendo, no entanto, que também esta posição é equívoca, pelo que digo em seguida no texto.

1368 BEALE, *Stipulations*, p. 58. O autor analisa o novo regime vigente em Inglaterra. Faz notar a possibilidade de as partes pretenderem conferir um direito de acção ao terceiro sem pretenderem propriamente beneficiá-lo, na medida em que o terceiro pode ter-se obrigado por outra via a exercê-lo em benefício de outrem. Diríamos que pode tratar-se, não de um poder mas de um direito funcional. Tratarei adiante a questão da qualificação, ou não, de vários exemplos de contratos de seguro como contratos a favor de terceiro. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1477 (sobre o seguro de vida) e nn. 1782 e 1783 (sobre o seguro de responsabilidade civil).

terceiro. O que não significa que a consideração do interesse não desempenhe por vezes um papel de relevo no processo de interpretação do contrato – como elemento interpretativo ao lado de outros.

Também não consta da definição acima proposta de contrato a favor de terceiro qualquer referência à relação entre o estipulante e o terceiro – esta pode ter as mais diversas naturezas, podendo nem sequer existir, previamente à celebração do contrato. Este aspecto é por vezes desconsiderado, mormente quando se pretende distinguir o contrato a favor de terceiro de algumas das duas figuras afins. Encontramos então afirmações como a que se segue:

«O contrato a favor de terceiro distingue-se, quer da representação directa, dado que o estipulante não actua em nome do terceiro, quer da indirecta, dado que o estipulante não age por conta do terceiro em execução de um mandato sem representação ou de outro negócio fonte de uma obrigação de gestão.»¹³⁶⁹

A afirmação é precipitada, porque em rigor o contrato a favor de terceiro tanto pode celebrar-se por conta do terceiro como sem ser por sua conta – trata-se de um aspecto que não releva para a sua qualificação.¹³⁷⁰

Recapitulemos. Vimos já que os desvios ao princípio da relatividade dos contratos carecem de norma legal permissiva. É o que decorre do art. 406.º/2 CC. Encontrámos tal permissão no art. 443.º/1 CC. Sabemos agora que as partes podem estipular a favor de terceiro. Será que o fizeram? Sabê-lo-emos por via da interpretação. É uma resposta que só poderemos obter, individualmente, para cada caso concreto. E só depois de uma resposta afirmativa a esta questão poderemos aplicar ao contrato em apreço o regime do contrato a favor de terceiro. E nunca o inverso. Contudo, exemplos de uma falaciosa inversão metodológica tornaram-se habituais na doutrina e jurisprudência.

É frequente afirmar-se, dogmaticamente, que um dado contrato pertence a um dado tipo contratual, que globalmente se qualifica como um contrato a favor de terceiro, para em

¹³⁶⁹ ANGELONI, *CFT*, p. 11.

¹³⁷⁰ Vamos encontrar um problema muito semelhante na distinção entre o seguro por conta de outrem e algumas das suas figuras afins. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1924.

seguida se fundamentar a existência de uma pretensão do terceiro, não com base em dados retirados daquele caso concreto, mas, mais uma vez genericamente, com base no disposto no art. 443.º/1 CC.¹³⁷¹⁻¹³⁷² Com resultados por vezes desastrosos para as partes, que assim se vêem surpreendidas por algo que nunca haviam contemplado ao estabelecerem os termos do seu contrato, numa perversão de um instituto cuja principal razão de ser está no respeito pela autonomia das partes.

«O argumento com maior peso a favor da possibilidade de os terceiros fazerem valer directamente os seus direitos contratuais é o do respeito pela autonomia das partes.»¹³⁷³

1371 Antes da entrada em vigor da LCS, VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 123, explicava que a relevância da classificação do contrato de seguro de responsabilidade civil como um contrato a favor de terceiro determinava a aplicação do respectivo regime legal, justificando o direito de acção do terceiro lesado. Do mesmo modo, ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 68-69 e 116; e *Relatório*, p. 75, sustentava que a justificação para o dever de o segurador pagar directamente uma quantia ao terceiro se encontrava no regime do contrato a favor de terceiro, além das disposições legais específicas, e que, sendo o contrato de seguro celebrado a favor de terceiro, este adquiria o direito à prestação independentemente de aceitação, com base no disposto no art. 444.º/1 CC. Cfr. mais exemplos *infra* n. 1372. Estas afirmações têm na base uma petição de princípio. Para concluirmos que temos um contrato a favor de terceiro, temos de antes ter concluído pela existência de uma pretensão de terceiro, fundada no contrato, não dependente da sua aceitação. Poderá eventualmente ajudar a induzir em erro a redacção do art. 444.º/1 CC. De uma leitura apressada dessa disposição pode, efectivamente, transparecer que é deste regime que se retira a existência de um direito do terceiro. Mas se atentarmos em tudo o que foi dito veremos que esta deve antes ser interpretada como uma norma meramente descritiva do significado da expressão «a favor de» insita no art. 443.º/1 CC.

1372 Exemplo retirado da jurisprudência: o caso versava sobre um contrato de seguro de grupo «investimento e poupança» celebrado por uma entidade patronal em benefício dos respectivos trabalhadores. A entidade patronal foi demandada por alguns ex-trabalhadores. Estes exigiam a sua quota-parte no capital seguro. A entidade patronal alegou que o seguro se destinava unicamente a financiar a reforma dos seus trabalhadores que ainda continuassem a sê-lo no momento em que adquirissem o direito à reforma. Questão fulcral seria, naturalmente, a de saber se as partes pretenderam conferir aos trabalhadores um verdadeiro direito ao benefício e, em caso afirmativo, em que momento adquiririam eles o direito ao benefício, e não apenas, como entendeu o tribunal, dando por admitido que se tratava de um contrato a favor de terceiro, a de aferir da eventual irrevogabilidade da promessa por virtude da ocorrência de uma adesão dos trabalhadores. É esta a questão dos chamados direitos adquiridos dos segurados, bastante trabalhada, quer em direito do trabalho e da segurança social, quer em direito fiscal, e que, pelo menos em parte, no caso de certos contratos de seguro ou fundos de pensões, se traduz na determinação da existência – ou não – de um verdadeiro direito à prestação por parte dos terceiros trabalhadores por conta de outrem. Os elementos de facto constantes do acórdão são algo insuficientes mas diz-se, a dada altura, que as partes estipularam que a entidade patronal tomadora mantinha, em exclusivo, o direito de resgatar em qualquer momento o capital seguro, indício fortíssimo de que os ex-trabalhadores não teriam (ainda) quaisquer direitos a parte alguma do capital seguro. E no entanto o tribunal concluiu que os ex-trabalhadores tinham adquirido um direito ao benefício, porque, de acordo com o regime do contrato a favor de terceiro, cuja aplicação não justificou, a sua «adesão» ao contrato tornaria irrevogável a promessa do segurador. Ac. STJ 21.06.1997. Este acórdão será retomado *infra* n. 2285 e no texto a partir da n. 2356. Eis como um pressuposto da qualificação de um contrato a favor de terceiro passa a principal consequência da aplicação não justificada do respectivo regime.

1373 YEO, *Third Party Rights*, p. 35.

Subscrevo esta afirmação. Com efeito, o contrato a favor de terceiro é muito mais do que um mecanismo jurídico destinado a simplificar e reduzir os meios necessários à execução de operações triangulares.¹³⁷⁴ Desde logo, porque esta caracterização não assenta à maioria dos contratos de seguro a favor de terceiro. Nem sempre se trata de agilizar um procedimento que de outro modo exigiria um maior número de actos. Por vezes, trata-se de permitir o recurso a um mecanismo jurídico que, nalguns casos, não poderia substituir-se inteiramente por nenhum outro, ainda que com a prática de um maior número de actos – um bom exemplo é o seguro de vida. As funções do recurso a este mecanismo são as mais variadas.¹³⁷⁵ Ainda que assim não fosse, trata-se, antes de tudo o mais, de permitir aquilo que nada verdadeiramente justifica proibir. O nosso ordenamento não admite o contrato a favor de terceiro apenas ou fundamentalmente devido à sua utilidade, mas sobretudo porque é essa a resposta natural do sistema jurídico privado, até justificação em contrário. A decorrência natural do reconhecimento de que o princípio da relatividade, no seu conteúdo nuclear, visa simplesmente promover a autonomia das partes, dar-lhes margem para estipularem entre si a sua *lex contractus*, foi a sua reconstrução dogmática como algo que se deixa na disponibilidade das partes, e não, como entendiam até há pouco os ingleses, como algo que lhes era imposto.¹³⁷⁶

O contrato a favor de terceiro representa o principal desvio ao princípio da relatividade dos contratos. É um desvio de monta, visto que permite, genericamente, que as partes estipulem efeitos para terceiros, sempre que se trate de efeitos positivos. Em nome da autonomia privada, em termos de dogmatização final, reduz-se o campo de aplicação do princípio da relatividade dos contratos praticamente a metade: mantendo toda a sua força no que respeita aos efeitos negativos, o princípio vê inverter-se a regra geral para o lado da admissibilidade no caso dos efeitos positivos.¹³⁷⁷

1374 É essa a posição, mais pragmática, de FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 534. No mesmo sentido, PALMER, *First Steps*, p. 16.

1375 Veja-se, neste sentido, KÖNDGEN, *Einbeziehung*, p. 16.

1376 Nesse sentido, KÖNDGEN, *Einbeziehung*, p. 27.

1377 Já não estaria correcto afirmar-se que o princípio da relatividade dos contratos perdeu actualmente o seu sentido, pois que também ele desempenha um papel fundamental na protecção da liberdade individual (dos terceiros). Cfr. WINTGEN, *Opposabilité*, pp. 44-46, 79-80 e 152; e GHÉSTIN, *Formation*, pp. 228-231. Veja-se, no entanto, a posição distinta de DÖRNER, *Dynamische Relativität*, pp. 103-149 (*Dynamische Relativität und Vertragsfreiheit*).

6.2.3. Regime legal: sua supletividade

Grande parte das disposições que regulam os contratos a favor de terceiro tem natureza supletiva.¹³⁷⁸ Desta supletividade resulta que, mesmo após a qualificação de um dado contrato como a favor de terceiro, haverá ainda que responder à questão de saber se cada uma das respectivas disposições terá ou não sido afastada por estipulação explícita ou implícita das partes.¹³⁷⁹ É importante sublinhá-lo, porque é frequente surgirem afirmações reveladoras de mais uma inversão, partindo da observação de que a aplicação de alguns desses preceitos não parece adequar-se a um dado caso concreto para uma apressada conclusão de que o contrato em análise não será a favor de terceiro.

Começemos pela revogabilidade dos efeitos de terceiro. Para simplificar, visto que se trata do caso paradigmático, chamemos-lhes por ora «direito».¹³⁸⁰ Dispõe a lei que, salvo estipulação em contrário, a revogabilidade, ou modificabilidade, do direito do terceiro só deve aceitar-se enquanto o terceiro não aderir aos efeitos do contrato, declarando querer aproveitar-se da estipulação a seu favor.¹³⁸¹⁻¹³⁸² O direito de revogação cabe, em regra, ao

1378 No direito italiano, sublinha-o ANGELONI, *CFT*, p. 11.

1379 Será a esta característica do regime legal do contrato a favor de terceiro a que alude MOITINHO DE ALMEIDA, *Seguros por Conta*, p. 160. O autor sustenta que o contrato a favor de terceiro é apenas um «esquema formal» em cujo regime legal se repercutem as características próprias de cada contrato. Cfr. ainda MILCAMP/BERDOT, *Bénéfice*, p. 237, para quem a estipulação para terceiro seria um «mecanismo neutro» quanto à natureza jurídica do acto em que se insere.

1380 Sobre a natureza jurídica da situação do terceiro titular nos vários momentos de vigência do contrato, a saber, antes e depois da sua consolidação, com o advento da irrevogabilidade, mas também antes e depois da ocorrência do sinistro, no caso dos seguros de vida, cfr. o texto *infra* a partir da n. 1602.

1381 A supletividade da regra é expressa no art. 448.º/1 CC. KÖTZ, *ECL*, p. 261, observa que a regra está presente na maioria dos sistemas jurídicos europeus. Já em direito alemão não se estabelece qualquer regra supletiva, dispondo-se que, em todos os casos, a revogabilidade ou irrevogabilidade do direito do terceiro deverá resultar da interpretação do contrato. Cfr. o § 328 II BGB.

1382 Esta regra não se aplica às promessas que hajam de ser cumpridas após a morte do estipulante. Nesse caso, presume-se, na dúvida, que o terceiro não adquire o direito senão após a morte do estipulante. Cfr. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 134-135 e 210-211. Esta presunção sobreviveu às revisões do projecto e veio a constar do art. 451.º/1 CC. Cfr. ainda o art. 448.º/1 CC. Dispõe o art. 199.º/3 LCS que, no caso do seguro de vida – o contrato que o legislador teve em mente ao gizar este regime especial – o direito de alterar o beneficiário, se existir, cessa no momento em que este adquire o direito ao pagamento do capital seguro. No regime anterior, cfr. o art. 25.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho.

estipulante.¹³⁸³⁻¹³⁸⁴ Contudo, uma vez que se trata de regra supletiva, podem as partes estipular a irrevogabilidade do direito desde o seu início, pode a revogabilidade manter-se durante toda a vigência do contrato, pode a adesão do terceiro admitir-se somente após a verificação de um qualquer facto, por hipótese a sua notificação, ou de qualquer outra circunstância futura, certa ou incerta, e pode a adesão do terceiro ser destituída de quaisquer efeitos, o mesmo é dizer, podem as partes afastar a figura da adesão do terceiro, consolidando-se o seu direito por virtude de qualquer outra ocorrência que as partes entendam indicar.¹³⁸⁵ A própria lei a afasta, supletivamente, nos contratos a favor de terceiro a executar depois da morte do estipulante.¹³⁸⁶

A identidade do terceiro pode nem se determinar logo no contrato, vindo a sê-lo só mais tarde – por exemplo, mediante declaração do estipulante.¹³⁸⁷ Neste domínio as partes mantêm toda a sua autonomia para conformar como entenderem os termos do seu contrato. Naturalmente que a revogabilidade ou irrevogabilidade do direito do terceiro pode estar meramente implícita nas estipulações das partes. Podem as partes estabelecer, por outro lado, que o direito de revogação ou modificação só por ambas, conjuntamente, pode ser exercido.¹³⁸⁸ Por último, pode o estipulante renunciar ao direito de revogação,

1383 Em rigor, o direito de revogação é do estipulante mas, se a atribuição tiver sido decidida «no interesse de ambos os contraentes», o seu exercício depende do consentimento do proponente. Cfr. o art. 448.º/2 CC. PALMER, *First Steps*, pp. 25, nota que, nos sistemas jurídicos continentais, de uma forma geral, confere-se o direito de revogação ao estipulante, enquanto no sistema inglês a revogação carece do acordo das partes. O regime luso encontra um curioso paralelo no art. 1979 do CC da Luisiana, introduzido na revisão de 1984.

1384 O estipulante, assim como pode ficar com o direito de revogar o benefício, pode também ficar com o direito de substituir o terceiro. Neste sentido, VAZ SERRA, *CFT*, p. 161. Mas só se assim resultar do contrato. Neste sentido, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 137-138. No domínio dos seguros de vida, cfr. o art. 199.º/1 LCS.

1385 Cfr. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 151 e 159; e ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 424 n. 2. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 95, afirma que já não estaremos perante um contrato a favor de terceiro se neste se estipular que o terceiro só adquire o seu direito após a sua aceitação. Este desvio à factualidade prevista na lei já atingiria o núcleo essencial da figura. Concorro. Todavia, o autor também não admite que a revogabilidade possa manter-se durante toda a vigência do contrato, «sob pena de descaracterização do contrato» (p. 132). Cfr. ainda p. 140. Julgo que neste ponto já não tem razão. Pode o direito ser revogável a todo o tempo pelo estipulante ou por acordo das partes, sem por isso se desvirtuar a sua essência, só não podendo ser revogável a todo o tempo pelo promitente. Cfr. *infra* n. 1388. A possibilidade de as partes afastarem do seu contrato a figura da adesão do terceiro será adiante desenvolvida. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2282.

1386 Art. 451.º CC.

1387 VAZ SERRA, *CFT*, p. 121. A declaração não é receptícia. Cfr. *infra* n. 1620. Nos seguros de vida, cfr. o art. 198.º/1 LCS.

1388 Se, pelo contrário, estipularem a livre revogabilidade do direito, a todo o tempo, individualmente, por qualquer das partes, ou mesmo só pelo promitente, uma tal estipulação equivale ao seu esvaziamento, pelo que a conclusão a retirar da mesma é a de que não foi atribuído ao terceiro qualquer situação activa fundada no contrato.

assim atribuindo o direito, condicional ou definitivamente, ao terceiro beneficiário.¹³⁸⁹ Certo é que, com o advento da irrevogabilidade, as partes perdem a faculdade de modificar ou fazer cessar, não o contrato, mas o direito do terceiro. Não perdem a faculdade de modificar ou fazer cessar o contrato, visto que dele são as únicas partes. Simplesmente, tudo aquilo que acordarem, desde esse momento, deixa de poder opor-se ao terceiro beneficiário.

A regra supletiva para os contratos a favor de terceiro que não sejam para executar depois da morte do estipulante determina que o advento da irrevogabilidade do direito do terceiro opere por efeito da sua adesão aos efeitos do contrato.¹³⁹⁰ A adesão não está sujeita a quaisquer formalidades. Pode ser tácita.¹³⁹¹ Mas é uma declaração receptícia.¹³⁹² O direito de adesão é um direito potestativo, a que corresponde, do lado passivo, um estado de sujeição.¹³⁹³ É um acto puramente confirmativo da aquisição do direito, mediante o qual este se consolida, perdendo a sua natureza precária e tornando-se definitivo.¹³⁹⁴

Além do direito potestativo de aderir aos efeitos do contrato, o terceiro tem o direito, igualmente potestativo, desta feita injuntivo, de rejeitar os efeitos do contrato.¹³⁹⁵ O direito é injuntivo porque se destina a proteger a liberdade individual do terceiro, que de contrário não poderia reagir contra a ingerência das partes na sua esfera jurídica. A rejeição, também uma declaração receptícia, define-se como uma renúncia a um direito já adquirido. Não é uma simples recusa: é um acto negocial dispositivo, pelo que pode ser atacada mediante impugnação pauliana.¹³⁹⁶ Tem por efeito a destruição retroactiva do efeito aquisitivo imediato do contrato.¹³⁹⁷

1389 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 129. Note-se que essa renúncia só ocorre, em rigor, nos casos em que se estipula no contrato, originariamente, um direito de revogação. Se o direito do terceiro é desde logo estipulado como insusceptível de revogação, não há lugar a renúncia, não obstante ser essa, frequentes vezes, a linguagem usada pelas partes. Para os seguros de vida, cfr. o art. 199.º/1 e 2 LCS. Neste caso, trata-se de uma verdadeira e própria renúncia, mas o regime também deverá aplicar-se aos casos em que o direito do terceiro é desde logo estipulado como insusceptível de revogação, sem prejuízo do disposto no art. 194.º/5 LCS.

1390 Art. 447.º/1 e 3 CC.

1391 VAZ SERRA, *CFT*, p. 153.

1392 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 119.

1393 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 120.

1394 I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 172.

1395 Art. 447.º/1 e 2 CC.

1396 Neste sentido, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 123-124; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, p. 429; e ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 422.

1397 I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 172, nota que a aquisição do direito por parte do terceiro está sujeita à *conditio iuris* resolutive do repúdio pelo adquirente.

«O terceiro adquire o crédito logo que se verificam as circunstâncias, de que, segundo o contrato, depende essa aquisição. (...) Adquirindo o terceiro o direito sem a sua cooperação, segue-se que, para essa aquisição, não é necessária a sua vontade ou mesmo o seu conhecimento, não carecendo, pois, de capacidade para realizar negócios jurídicos. Deve, porém, admitir-se que pode rejeitar ou recusar o direito adquirido, uma vez que lhe não pode ser imposto um direito que não quer (...), o que significa ter a recusa efeito retroactivo (o direito é havido como não tendo nunca entrado no património do terceiro).»¹³⁹⁸

Falou-se no direito de exigir a prestação que cabe ao terceiro, caracterizador dos contratos obrigacionais a favor de terceiro. No entanto, com este pode coexistir um direito do estipulante a exigir que a prestação seja feita ao terceiro. Em Portugal, a regra supletiva é precisamente a de que o estipulante também goza de semelhante direito.¹³⁹⁹ Sendo a regra supletiva, podem as partes livremente estipular que apenas o terceiro adquira esse direito por efeito do contrato.¹⁴⁰⁰ Mas não é habitual fazerem-no.¹⁴⁰¹

É muito discutida a natureza da relação entre as posições jurídicas do estipulante e do terceiro, no caso, mais frequente, de a ambos se reconhecer um direito de exigir do

1398 VAZ SERRA, *CFT*, p. 162.

1399 Art. 444.º/2 CC. A natureza supletiva da regra está claramente expressa no preceito. Idêntica regra se encontra no direito alemão. Cfr. o § 335 BGB. Não tem razão MORTINHO DE ALMEIDA, *Seguros por Conta*, pp. 166-167, quando, apercebendo-se de que aquele preceito de direito português confere ao estipulante o direito de exigir o cumprimento da promessa, sustenta que o seu alcance é o de poder o estipulante exigir que o pagamento se faça a si próprio e não ao segurado, embora tendo por destino último o segurado. O autor parece desconsiderar a distinção, de que se falará já em seguida, entre as qualidades de credor e de destinatário de uma prestação, tendo-se porventura deixado influenciar pela circunstância de ser este último o regime vigente, como veremos, nalguns ordenamentos que nos são próximos.

1400 VAZ SERRA, *CFT*, p. 181, sublinha que a questão de saber se o fizeram deve resolver-se por via interpretativa. Todavia, como será esse o caso mais vulgar, o autor entende ser de presumir que assim é.

1401 BAYER, *Vz Dritter*, pp. 214-215, nota mesmo que, desde a entrada em vigor da disposição equivalente de direito alemão até ao presente, se desconhece na jurisprudência qualquer exemplo de um contrato em que as partes tenham afastado o direito do estipulante de exigir o cumprimento do dever de prestar. Mal se compreende, por conseguinte, a posição de PAULA COSTA E SILVA, *CFT*, pp. 975, para quem, da alegada excepcionalidade da concessão de semelhante direito ao estipulante, resultaria que a sua atribuição em cada caso concreto «apenas perante dados inequívocos se pode concluir». A autora parte ainda do pressuposto, que não é de admitir, de que um contrato só será a favor de terceiro se também o estipulante, e não apenas o terceiro, puder exigir o cumprimento do promitente (p. 971). Parece desconsiderar o disposto no art. 444.º/2 CC. A autora entende não ser esse o caso em apreço, pelo que conclui não ser esse um contrato a favor de terceiro típico (p. 975). Para uma análise mais detalhada da sua posição, cfr. *infra* n. 1412.

promitente o cumprimento do seu dever de prestar.¹⁴⁰² Nesse caso, parece que o estipulante e o terceiro serão titulares de dois direitos de crédito de conteúdo idêntico.¹⁴⁰³ Mas não solidários.¹⁴⁰⁴ Há todavia quem encontre aqui, não dois, mas um único direito de crédito, na titularidade do terceiro, embora este faça acompanhar-se da vinculação subjectiva do promitente também perante o estipulante.¹⁴⁰⁵ Este entendimento parece entroncar entre nós na reformulação do conceito de pretensão propugnada por TEIXEIRA DE SOUSA.¹⁴⁰⁶

O autor parte do conceito de pretensão como faculdade de exigir algo a outrem.¹⁴⁰⁷ Em seguida, procede ao desdobramento da pretensão, num direito de crédito, em (i) competência de aquisição e (ii) faculdade de exigibilidade da prestação.¹⁴⁰⁸ Aponta a

1402 BAYER, *Vz Dritter*, pp. 213-219, fala num «desdobramento» das posições de parte e de credor: o terceiro, como credor da prestação, e o estipulante, como contraparte, teriam ambos uma pretensão, perante o promitente, ao cumprimento atempado da sua obrigação (p. 214). O autor qualifica esta situação como uma «dupla constituição de direitos» (*Doppelberechtigung*). Veremos em seguida que discordo da negação da qualidade de credor ao estipulante.

1403 Neste sentido, VAZ SERRA, *CFT*, p. 181. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 151-152, afirma que os créditos são concorrentes. MESSINEO, *Rapporti col Terzo*, pp. 198-199, entendia, por seu lado, que o estipulante, que promove a vinculação do promitente, também se torna credor deste último, embora a título diverso do terceiro, pelo que o promitente se obrigaria duplamente: obrigar-se-ia perante o estipulante a cumprir ao terceiro e obrigar-se-ia perante o terceiro a cumprir ao próprio terceiro. Incumprindo perante o terceiro, entraria em incumprimento, automaticamente, perante o estipulante. Simplesmente, a prestação devida ao terceiro teria, em seu entender, um conteúdo autónomo da prestação eventualmente devida ao estipulante. Discordo deste entendimento, como melhor se compreenderá em seguida.

1404 BAYER, *Vz Dritter*, p. 217, nota que a doutrina germânica reinante não encontra aqui um caso de solidariedade, porque num dos casos trata-se de prestação a si próprio e no outro de prestação a outrem, podendo o devedor exonerar-se apenas prestando ao terceiro, preferindo falar neste caso numa «modalidade especial de pluralidade de credores». I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, p. 496, entende que se trata de dois direitos de crédito alternativos. Todavia, não se encontra justificação dogmática que apoie semelhante posição.

1405 Cfr. o exemplo de MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, p. 270. O autor segue TEIXEIRA DE SOUSA (cfr. *infra* n. 1406).

1406 Cfr. a sua análise e reformulação do conceito de pretensão em TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, Cfr. pp. 19-78.

1407 Conceito desenvolvido por WINDSCHEID, *Actio*, pp. iii e 1-8. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, p. 20. O autor sustenta que a prevalência do direito subjectivo sobre a acção nos sistemas jurídicos contemporâneos terá resultado de mais do que uma simples inversão da prioridade da *actio* perante o direito subjectivo, dado que, ao conteúdo adjectivo da *actio* romana, se sucedeu o conteúdo substantivo da *actio* contemporânea. WINDSCHEID verteu esta *actio* de conteúdo substantivo no conceito de pretensão, que vem a ser o ponto de partida para a concepção de TEIXEIRA DE SOUSA. O âmbito da pretensão é mais restrito do que o do direito subjectivo. Mesmo quando falamos num direito subjectivo a uma prestação. Para o autor, «[a] pretensão esgota-se numa competência de aquisição e numa faculdade de exigibilidade da prestação e, portanto, na relação entre a competência de aquisição de uma prestação e a faculdade de definição de um dever de cumprimento» (p. 75).

1408 TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, pp. 60-78.

possibilidade de repartição subjectiva de ambas as figuras.¹⁴⁰⁹ Em virtude desta possibilidade, sustenta que é apenas pela primeira que, em última análise, se define o direito.

«Aqueles competências de aquisição e estas faculdades de exigibilidade participam como elementos dos direitos a uma prestação, mas é naquela competência que se demarca o núcleo irreduzível de qualquer direito patrimonial: para que este tenha fundamento jurídico basta que haja uma competência de aquisição dessa prestação, não sendo necessário que o titular tenha a faculdade de impor a realização dessa prestação patrimonial a outrem.»¹⁴¹⁰

TEIXEIRA DE SOUSA entende que o contrato a favor de terceiro corresponde a uma das situações em que se atribui a alguém – neste caso o estipulante – a faculdade de exigibilidade sem a respectiva competência de aquisição.¹⁴¹¹ *In iudicio*, o autor configura esta situação como uma substituição processual, na medida em que o estipulante invocaria legitimamente uma competência de aquisição alheia.¹⁴¹² Entendo que não tem

1409 TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, pp. 73-74. Dá como exemplo de uma competência de aquisição sem a correspondente faculdade de exigibilidade o de um direito prescrito. O autor sustenta ainda que um caso em que existe num dado sujeito uma competência de aquisição sem a correspondente faculdade de exigibilidade é aquele em que, por convenção, a prestação pode ser cumprida a terceiro (art. 77.º/a) CC). Contudo, neste exemplo, o autor parece desconsiderar a distinção entre as qualidades de credor e de destinatário de uma prestação, de que falo em seguida.

1410 TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, pp. 65-66.

1411 TEIXEIRA DE SOUSA, *Concurso*, pp. 56 e 73-74. Neste sentido encontramos, na Alemanha, a posição quase isolada de HADDING, *Auslegung*, pp. 403-421. O autor não reconhece ao estipulante mais do que um poder de exercício em nome próprio de um direito alheio, não o qualificando como credor do promitente. Representativo da posição quase unânime na doutrina é BAYER, *Vz Dritter*, pp. 213-219. Cfr. a restante doutrina citada pelo autor a p. 215 n. 35.

1412 Este seu entendimento foi recentemente desenvolvido por PAULA COSTA E SILVA, *CFT*, pp. 963-994. Julgo, no entanto, que algumas das conclusões a que chegou a autora quanto aos respectivos efeitos processuais ajudariam a afastá-lo, ou pelo menos a rejeitar a sua aplicabilidade à figura do contrato a favor de terceiro. Para a autora, a atribuição ao estipulante da faculdade de exigibilidade titularia a sua legitimidade indirecta, como substituto processual do terceiro, que litiga em nome próprio por direito alheio (p. 977). Sustenta que o estipulante «não litiga estribado numa situação substantiva própria, mas sim numa situação jurídica alheia» (p. 984). Sublinha que o estipulante é um substituto processual do beneficiário, pois age processualmente em nome próprio por direito alheio (p. 986). Conclui «que o substituto é uma parte formal, sendo o substituído uma parte material» (p. 989). Como se resolve este concurso de faculdades de exigibilidade? Se o terceiro for o primeiro a propor uma acção, a acção proposta pelo estipulante não se admitiria, por dar azo à excepção de litispendência (haveria sempre falta de interesse do estipulante). Sendo ao contrário, o terceiro deveria habilitar-se na acção proposta pelo estipulante, substituindo-o (pp. 990-994). A autora faz referência ao Ac. STJ 01.07.2004. Neste caso, o tribunal entendeu, embora por outras palavras, que o estipulante teria apenas uma faculdade de exigibilidade mas não uma competência de aquisição, não sendo «o verdadeiro credor», afirmando por isso que apenas teria ao seu dispor uma acção

razão, porque na raiz da sua posição se sente a falta de uma distinção clara entre as qualidades de credor e de destinatário – material ou formal – de uma prestação.¹⁴¹³

O que é um direito de crédito? Já se aceitou que o direito subjectivo se defina como «permissão normativa específica de aproveitamento de um bem».¹⁴¹⁴ Um direito de crédito será então uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma prestação.¹⁴¹⁵ Permissão que, naturalmente, pode fundar-se no poder normativo das partes num contrato ou resultar de outra fonte. Aproveitar uma prestação significa retirar dela «as utilidades que, pela natureza das coisas ou pela imaginação humana», a prestação possa proporcionar.¹⁴¹⁶ Ora, nada disto pressupõe que a prestação deva ser «recebida» pelo credor – que seja o credor o destinatário da prestação. Com efeito, a prestação devida ao credor pode ser recebida por terceiro – será esse o caso em muitos contratos a favor de terceiro em sentido impróprio.¹⁴¹⁷ E pode ainda não ser recebida por ninguém.¹⁴¹⁸ Com efeito, há inúmeros casos em que a prestação não é feita à pessoa do

declarativa mas não uma acção executiva. Fá-lo com base no disposto no art. 55.º CPC. Ora, se pensarmos em todos os casos que justificam o recurso à figura do contrato a favor de terceiro por parte do estipulante, no domínio dos seguros e não só, apercebemo-nos de que, pelo menos nalguns deles, resulta profundamente insuficiente o reconhecimento ao estipulante de uma posição de mero substituto processual do terceiro, sem posição substantiva própria digna de tutela jurídica autónoma – como melhor se compreenderá em seguida.

1413 Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, pp. 36-37 e respectiva n. 156. O autor sublinha a distinção, notando a existência de casos em que não se presta a ninguém.

1414 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 332.

1415 Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, p. 338. Cfr. ainda *Obrigações I*, pp. 221-223.

1416 MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I* (1.ª ed.), p. 126.

1417 Neste sentido, cfr. o Ac. RP 17.06.1996. Cfr. ainda as várias possibilidades a que faz referência o art. 770.º CC. Todo este artigo pressupõe que a prestação é algo que deve ser recebido, pelo credor ou por terceiro.

1418 Neste sentido, REINACH, *Apriorischen Grundlagen*, pp. 13-14. O autor distinguia o destinatário do conteúdo da vinculação e o destinatário da própria vinculação. Observava que cada vinculação tem, necessariamente, um destinatário, que é aquele perante quem o vínculo se forma, titular da respectiva pretensão. Existe correlatividade entre pretensão e vinculação, mas o conteúdo, pelo contrário, pode ter um destinatário qualquer ou não ter destinatário algum. Cfr. ainda HART, *Legal Rights*, pp. 176-178 e 183-201, *maxime* pp. 195-196. O autor criticava a teoria do benefício, que identifica o titular de um direito de crédito como a pessoa que dele beneficia. Sustentava que não é necessário nem suficiente, para a identificação do credor, que este venha a beneficiar com a obrigação, dando o exemplo dos contratos em benefício de terceiros nos ordenamentos em que não se reconhece aos terceiros uma pretensão fundada no contrato. Acrescentava que, em seu entender, o que caracterizaria o credor seria antes o poder de exercer algum controlo sobre o correspondente dever, designadamente, exigindo ao devedor o seu cumprimento ou dele o libertando. Caracterizava depois o direito, numa acepção mais ampla, aglutinadora de algumas das suas modalidades, entre as quais o direito de crédito, como uma escolha individual juridicamente respeitada. Creio que não será de acompanhar o autor no peso que atribui ao controlo. Contudo, o exemplo a que o autor recorre para ilustrar a sua crítica à teoria do benefício é demonstrativo de que o autor também se apercebe da distinção entre o destinatário do conteúdo da vinculação e o destinatário da própria vinculação, embora não a formule nestes termos.

credor – são casos em que a «recepção» da prestação é inexistente ou não muito definida. Por exemplo, a prestação de actuar num dado teatro. O empresário perante quem um actor se compromete a actuar em dada noite pode nem estar presente aquando da actuação. Mais, pode nada ter que ver com o teatro, salvo na medida em que contratou com a sua direcção a actuação daquele actor naquela noite. Pense-se agora num outro exemplo, em que a prestação consistiria em dar um tiro num animal perigoso.¹⁴¹⁹ Será este credor menos credor do que o credor de uma massagem, que efectivamente a recebe no seu próprio corpo? Evidentemente que não.

O que define então a posição de credor? Fora dos casos especiais em que, por alguma razão, o credor não pode exigir a prestação, designadamente nos casos de obrigações naturais, a sua posição define-se pela faculdade de exigibilidade da prestação e pela permissão específica de aproveitamento da prestação¹⁴²⁰ – não por uma «competência de aquisição».¹⁴²¹ Esta expressão é no mínimo enganadora, ao colocar uma ênfase excessiva na ideia de recepção da prestação, quando o que interessa é saber a quem se imputam as utilidades da prestação – o seu gozo. E nessa medida tanto «adquire» o credor que recebe a prestação como o que não a recebe. Regressando ao domínio do contrato a favor de terceiro, pense-se que em muitas situações de facto pode optar-se, indistintamente, entre

1419 Exemplo dado por PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, pp. 36-37, texto e n. 156. Podemos descortinar outros exemplos de prestação insusceptível de recepção: a promessa de tocar o sino, todos os domingos, na igreja da aldeia perdida onde há muito já não vive o estipulante; a promessa de manter limpas as ruas da cidade. Aqui a promessa é «em benefício do interesse público» (art. 445.º CC). Havendo invalidade do negócio, e execução por erro, não haveria nestes casos enriquecimento sem causa, não tendo havido aquisição ou recebimento de coisa alguma.

1420 Ao definir o direito de crédito pela titularidade de uma faculdade de exigibilidade da prestação e pela permissão específica de aproveitamento da prestação, aproximo-me de JÜRGEN SCHMIDT, *Aktionsberechtigung*, pp. 17-53, *maxime* p. 37. O autor conclui que a estrutura de todo o direito subjectivo corresponde, necessariamente, a um complexo hohfeldiano de *privilege* + *right*. Cfr. *supra* n. 1290. Cfr. HOHFELD, *Conceitos*, pp. 28-56. A faculdade de exigibilidade corresponderia ao seu *right* (*claim*). A permissão específica de aproveitamento, neste caso, de uma prestação, corresponderia ao seu *privilege* (*liberty*). Aliás, visto que a primeira não é absolutamente necessária ao direito subjectivo, na medida em que sem ela temos ainda um direito natural, dir-se-ia que, na sua essência, o direito subjectivo se aproxima mais do privilégio (*privilege/liberty*) do que da pretensão (*right/claim*). Ao que deverá acrescentar-se, contudo, que se trata aqui de uma permissão específica, o que nos impede de equipararmos ao direito subjectivo todo o privilégio hohfeldiano.

1421 A atribuir algum sentido útil à competência de aquisição, este seria o de constituir uma defesa contra o enriquecimento sem causa do «adquirente» de uma prestação. Cfr. *supra* n. 1288 e *infra* o texto a partir da n. 1528. Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, pp. 67-68. Observa o autor, a propósito do enriquecimento sem causa, que «[f]altar a causa justificativa significa que não há uma norma jurídica justificando aquela atribuição» (p. 67). BAYER, *Vz. Dritter*, p. 129, referindo-se ao contrato com autorização de prestação a terceiro, chama-lhe mesmo, literalmente, competência de recepção (*Empfangszuständigkeit*). Note-se que, nos exemplos dados na nota anterior, a questão da restituição não se colocaria, dada a inexistência de uma qualquer aquisição.

celebrar um contrato a favor de terceiro em sentido impróprio – caso em que ninguém hesita em reconhecer ao estipulante um verdadeiro e próprio direito de crédito – e um contrato a favor de terceiro em sentido próprio. Ora, bem se vê que neste último caso o direito do estipulante será em princípio absolutamente idêntico ao que seria no primeiro, se apenas a ele fosse atribuída uma pretensão. O direito do terceiro, a existir, aparece em acréscimo ao direito do estipulante, não havendo qualquer imperativo legal que obrigue as partes – ou o juiz – a reduzir o seu estatuto ao de mera faculdade de exigibilidade de natureza processual. Por outro lado, a «competência de aquisição» existe tanto nos contratos a favor de terceiro em sentido próprio como impróprio: nestes últimos, não tendo o terceiro qualquer pretensão fundada no contrato, pode no entanto recusar a devolução da prestação ao devedor, com o argumento de que esta corresponde ao cumprimento de um dever de prestar estipulado num contrato.¹⁴²²

Pense-se novamente no exemplo do animal perigoso. Se por contrato um dado promitente se obriga para comigo a matar a tiro um animal perigoso cuja proximidade com a minha casa põe em perigo a integridade física de quem nela habita, ninguém rejeitaria a minha qualidade de credora de semelhante prestação. Ora, se eu optar por conferir também a um vizinho o direito de exigir o cumprimento do dever de prestar, designadamente por ter de me ausentar naquele dia e não poder assegurá-lo pessoalmente, o contrato passa a ser a favor de terceiro. Trata-se de um caso em que não se vislumbram quaisquer diferenças entre o meu direito e o do terceiro. Nenhum de nós recebe o que quer que seja – o único a «receber» alguma coisa será o pobre animal... E, no entanto, ambos somos credores de uma única prestação.

Em suma: reconhecendo-se ao estipulante um direito à prestação, este é um verdadeiro direito de crédito, composto pela faculdade de exigibilidade da prestação e pela permissão de aproveitamento da prestação.¹⁴²³ A circunstância de não ser o estipulante o destinatário material da prestação – se for esse o caso – em nada diminui a natureza creditícia do seu direito. Podem até imaginar-se circunstâncias em que se celebra um contrato a favor de

1422 Os contratos a favor de terceiro em sentido impróprio distinguem-se dos contratos com prestação a terceiro, em que este é um mero receptor formal da prestação, sem competência de aquisição da prestação. Sobre estes casos, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1329.

1423 E não só. Não se pretende, com esta afirmação, afastar a tese da complexidade da obrigação. Sobre esta, cfr. LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 6-15. Sobre os «ingredientes» do direito de crédito, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 219-221. Neste sentido, sobre o direito de crédito do estipulante a que faz referência o § 355 BGB, cfr. BAYER, *Vz Dritter*, p. 218.

terceiro em que é o estipulante o destinatário material da prestação, que no entanto aproveita também ao terceiro. No domínio do direito contratual dos seguros, temos, no entanto, tipicamente, uma situação em que apenas o terceiro irá receber a prestação – o que, como vimos, em nada diminui a natureza creditícia do direito do estipulante. A este reconhece-se a possibilidade de aproveitar do bem jurídico correspondente a um pagamento efectuado a terceiro. Que nem por isso deixa de consistir numa atribuição do promitente ao estipulante. Que este pode autonomamente proteger, sem ser automaticamente relegado ao papel de substituto processual do terceiro.

Um último aspecto, particularmente relevante, do regime legal do contrato a favor de terceiro, também ele em grande medida supletivo, a que adiante aludirei para o distinguir de uma sua figura afim, é o da oponibilidade ao terceiro dos meios de defesa que o promitente tem contra o estipulante.¹⁴²⁴ Naturalmente que, se assim o entenderem,

1424 Art. 449.º CC. VAZ SERRA, *CFT*, p. 170. O autor afirmava que a oponibilidade «é uma simples consequência do facto de o direito do terceiro resultar desse contrato». Já assim não será, entende, se o promitente reconhecer em face do terceiro a sua obrigação, de modo a que esta fique isenta de meios de defesa baseados no contrato (reconhecimento abstracto). Cfr. p. 173. Na Alemanha, o preceito equivalente ao nosso é o § 334 BGB. Veja-se, por todos, BAYER, *Vz Dritter*, pp. 333-339. Cfr. ainda GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 502. KÖTZ, *ECL*, pp. 260-261, nota que, em todos os sistemas jurídicos europeus, o promitente pode fazer-se valer, contra o terceiro, de todos os meios de defesa a que poderia recorrer contra o estipulante, desde que decorrentes do contrato e não de qualquer outra relação entre as partes. Contudo, alguma jurisprudência francesa recente, ao distinguir, por razões que se prendem com a evolução histórica da figura do contrato a favor de terceiro e com a redacção dos preceitos legais aplicáveis, o contrato principal que une exclusivamente as partes e o contrato acessório gerador do direito do terceiro beneficiário, acaba por concluir que este último é totalmente autónomo do primeiro, não podendo as partes opor ao terceiro algo de atinente à relação que só a ambas respeita. Cfr., neste sentido, GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 385-389. Os autores citam jurisprudência em suporte da ideia de inoponibilidade de convenção de arbitragem ao terceiro, fazem referência ao condicionamento do regime da resolução do contrato, do recurso à *exceptio* e, em geral, da oponibilidade de quaisquer excepções atinentes à relação contratual entre o promitente e o estipulante. Os limites na esfera do estipulante nada têm de particular. Mas sustentam que também o promitente estaria impedido de invocar a inexecução das obrigações do estipulante para se furtar provisoriamente ao cumprimento das suas obrigações para com o terceiro beneficiário. JADOUL, *SPA*, p. 427, afirma que já não é assim na Bélgica. Hesitações parecidas surgiram a dada altura em Itália. GASPERONI, *Ass. Vita*, p. 766, sustentava, a propósito do seguro de vida a favor de terceiro, que, como o seu direito tem fonte contratual, faz sentido serem-lhe oponíveis todas as excepções derivadas do contrato, incluindo a cláusula compromissória, sem que isso configure uma violação do princípio da relatividade dos contratos – o autor contrariava assim o sentido de algumas decisões jurisprudenciais, por si comentadas. No mesmo sentido, cfr. ANGELONI, *CFT*, pp. 322 e 377. Entre nós, a questão é resolvida directamente pela lei, que se aplica à cláusula compromissória. Na verdade, não se trata aqui de rejeitar a regra da separabilidade da cláusula compromissória, mas antes de sublinhar que a posição que o terceiro funda no contrato não aparece isolada, podendo este (i) dela prevalecer-se; ou (ii) rejeitá-la; mas já não (iii) aceitá-la com o afastamento do regime que para ela as partes criaram, em que se inclui eventual compromisso arbitral. Cfr., neste sentido, MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law*, p. 830 (28-17) (e jurisprudência inglesa citada na n. 61). Contudo, no domínio do direito comunitário, veja-se a posição do Tribunal de Justiça, em Ac. TJCE 12.05.2005. No que respeita às cláusulas de escolha do foro reguladas pelo

podem as partes estipular a inoponibilidade de circunstâncias que de contrário seriam oponíveis pelo terceiro.¹⁴²⁵ Designadamente, eliminando a possibilidade de o promitente recorrer à *exceptio* em caso de incumprimento por parte do estipulante.¹⁴²⁶ Outros meios de defesa haverá que são irrenunciáveis pelas partes (*v.g.* a excepção de nulidade do contrato a favor de terceiro).

Na Alemanha, a quase totalidade da doutrina entende que o promitente pode opor ao terceiro a excepção de anulabilidade do contrato, dado que só poderia pedir a sua anulação num litígio contra o estipulante.¹⁴²⁷ Contra este entendimento houve quem sustentasse que o promitente não careceria desta protecção, porque podia anular directamente o contrato numa acção contra o terceiro.¹⁴²⁸ No nosso ordenamento jurídico, a questão resolve-se com o auxílio de norma expressa. Ao contrário do que acontece no ordenamento alemão, a nossa lei reconhece expressamente a possibilidade de, na sua relação com o terceiro beneficiário, o promitente vir a anular, não o próprio contrato, mas o contrato «em relação ao beneficiário».¹⁴²⁹ O preceito em causa aplica-se apenas, literalmente, aos casos de dolo do terceiro, mas a sua importância vai muito para além desses casos, na medida em que dele se retira a existência desta figura de direito privado que é a anulação «em relação ao beneficiário».¹⁴³⁰ Trata-se de desfazer *ex tunc* a extensão da força normativa do contrato ao terceiro, tudo se passando como se o

direito comunitário, deverá entender-se, na sequência desta decisão do tribunal, que estas são inoponíveis aos terceiros-segurados, na medida em que configurem limitações e não extensões de competência, salvo na medida em que estes as houverem aprovado. No caso, estava em causa a aplicação do art. 12.º/3 da Convenção de Bruxelas. Sem pôr em causa os vários regimes nacionais reguladores do contrato a favor de terceiro, o tribunal sustenta que as derrogações às regras de competência em matéria de seguros devem ser interpretadas restritivamente. Ao permitir ao tomador do seguro, parte mais fraca no contrato, em virtude do princípio da autonomia das partes, renunciar a algumas das formas de protecção que o sistema lhe confere, deverá entender-se que essa permissão não se estende a uma renúncia que afecte as posições de eventuais terceiros-segurados, igualmente protegidos pelo sistema, enquanto pessoas economicamente mais fracas. Entre nós, cfr. ainda o Ac. RP 12.12.2000. O tribunal sustentou que a cláusula de um contrato de seguro onde se convencionava o tribunal competente para as acções emergentes desse contrato apenas produz efeitos entre as próprias partes e seus sucessores e já não em relação a terceiros, como são os beneficiários do seguro. Não fez qualquer referência ao art. 449.º CC.

1425 Sublinha-o BAYER, *Vz Driter*, p. 337. A supletividade da regra não se encontra expressa no art. 449.º CC, mas resulta do princípio da liberdade contratual insito no art. 405.º/1 CC.

1426 Não obstante a imperatividade resultante do art. 428.º/2 CC. Não parece justificar-se a sua aplicação aos casos em que as partes visam proteger o terceiro contra as consequências de um incumprimento que ele não pode impedir.

1427 Cfr. BAYER, *Vz Driter*, pp. 335-336. Em Itália, cfr. ANGELONI, *CFT*, pp. 374-375.

1428 Neste sentido, DÖRNER, *Dynamische Relativität*, pp. 232-233 (que no entanto se referia ao caso, paralelo, de uma cessão de crédito).

1429 Cfr. o art. 254.º/2 CC (2.ª parte). Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria II*, pp. 161-163; e C. MOTA PINTO, *TGDC*, p. 527.

contrato nunca se houvesse celebrado a favor de terceiro. Nuns casos, tratar-se-á de uma anulação parcial, atingindo o vício somente a cláusula a favor de terceiro. Noutros, de que é exemplo o seguro de vida em caso de morte do próprio tomador, o contrato pode resultar ferido na íntegra.

6.2.4. O requisito do interesse do estipulante

«O facto de, no contrato a favor de terceiro, a prestação dever ser realizada em proveito de terceiro, não parece dever obstar, como se viu, à validade desse contrato. Mas é de exigir, ao que parece, que o promissário tenha um interesse, digno de tutela, na prestação ao terceiro, mesmo que esse interesse não seja material.»¹⁴³¹

Para a compreensão deste requisito será conveniente uma breve incursão no tempo. No direito romano, a inadmissibilidade do contrato a favor de terceiro nunca esteve relacionada com o princípio da relatividade dos contratos. O direito romano proibia, efectivamente, as estipulações para terceiros: *alteri stipulari nemo potest*.¹⁴³² A inadmissibilidade das estipulações em detrimento de terceiro não merece grandes comentários. Já a das estipulações em benefício de terceiro merece uma análise um pouco mais detida. Não era por se tratar de um melhoramento da situação do terceiro que as estipulações em benefício de terceiro eram proibidas. Os melhoramentos da situação de terceiro não eram, enquanto tais, proibidos. Há inclusive que ter em conta que, em direito romano, a regra valia até *inter partes*.¹⁴³³ Não tinha por isso que ver com a autonomia

1430 Trata-se de um complemento da regra constante do art. 287.º/1 CC. Esta determina quem tem legitimidade para arguir a anulabilidade de um negócio jurídico – as pessoas que a lei visa proteger. A questão de saber contra quem pode pedir-se a anulação resulta, em parte, do art. 254.º/2 CC. Cfr. ainda o art. 642.º/2 CC. Este preceito responde à questão de saber quem, não podendo pedir a anulação do negócio, pode no entanto defender-se com a excepção de anulabilidade do negócio.

1431 VAZ SERRA, CFT, pp. 72-73. Foi o entendimento que prevaleceu na redacção do art. 442.º/1 CC.

1432 Sobre o *alteri stipulari nemo potest*, em direito romano e nos escritos dos glosadores e comentadores, e sua posterior evolução até ao fenómeno da codificação, sobretudo na perspectiva do desenvolvimento da figura da representação, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Representação*, pp. 181-288. Sobre o adágio no direito romano clássico e bizantino, cfr. WESENBERG, *Vz Dritter*, pp. 6-100, *maxime* pp. 17-23. Cfr. ainda BAYER, *Vz Dritter*, pp. 5-27.

1433 ULPIANO D.45.1.38.17: *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.* «Ninguém pode estipular para outrem, excepto um escravo para o seu dono, ou um filho para o seu pai; obrigações desta descrição foram inventadas para que cada um possa adquirir por si o que for do seu interesse; mas eu não tenho

privada ou com a segurança jurídica. A explicação para a proibição da estipulação de terceiro é outra. Essencialmente, encontramos-na no formalismo do direito romano, que não reconhecia uma acção ao terceiro, e tão-pouco ao estipulante, cujo interesse na prestação, tido por «meramente moral», não seria suficiente para fundar uma acção.¹⁴³⁴ Esta justificação conduziu muitas vezes as partes na busca de subterfúgios, como a introdução de uma cláusula penal a favor do próprio estipulante, que lhe permitiria mais tarde accionar o promitente.¹⁴³⁵

O *Code Napoléon* viria a admitir a «estipulação para terceiro» a título excepcional e acessório.¹⁴³⁶ Em França, o caminho para a aceitação da figura fez-se pela mão de

interesse no que é dado a outrem. É claro que, se se pretender fazê-lo, será conveniente estipular-se uma pena, para que, se não se fizer o acordado, a estipulação se torne operativa, mesmo a favor de quem não tem interesse; porque, quando alguém estipula uma pena, não se procura o interesse, mas apenas a quantidade e diferença da estipulação, qualquer que ela seja.» A sua aplicação não se cingia aos contratos, antes se estendendo a todas as obrigações (D.50.17.73.4). Cfr. ZIMMERMANN, *Obligations*, pp. 34-38; e Kötz, ECL, pp. 246-247. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 10-11, esclarece que, de acordo com esta máxima, que se aplicava também *inter partes*, não era apenas o contrato a favor de terceiro em sentido próprio que se proibia, mas também o contrato a favor de terceiro em sentido impróprio.

1434 Cfr. COUDERT, *Recherches*, pp. 197-229, *maxime* pp. 225-229. Uma das principais conclusões do autor é a de que a proibição da estipulação para terceiro nada tinha que ver, em direito romano, com o princípio da relatividade dos contratos, enquanto que, em direito francês moderno, ela aparece como um corolário deste último. A exigência do interesse do estipulante corresponde a um dos resquícios da passagem de um regime para o outro, porquanto, em direito romano, o interesse era necessário para conferir ao estipulante uma acção contra o promitente, enquanto que, em direito moderno francês, se exige o interesse do estipulante como requisito para conferir uma acção ao terceiro. O obstáculo era formal, em direito romano, dado que não se admitia a menção de um terceiro nos *verba*, podendo beneficiar-se um terceiro desde que dele não houvesse menção. Cfr. ainda ZIMMERMANN, *Obligations*, pp. 34-39. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Representação*, p. 182, observa que, no direito romano, os efeitos jurídicos não se afiguravam separáveis das respectivas causas, sendo o contraente visto simultaneamente como «a fonte e o fim ou objectivo da actuação jurídica e subsequente relação». Sobre a influência do *alteri stipulari nemo potest* romano nos vários sistemas jurídicos europeus, cfr. KÖTZ, ECL, pp. 245-247.

1435 Note-se que a referência à cláusula penal aparecia já em ULPIANO. Cfr. *supra* n. 1433. Para um catálogo de excepções ao princípio, em direito romano e nos escritos de glosadores e comentadores, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Representação*, pp. 183-211.

1436 Art. 1121 CCfr: «Pode, do mesmo modo, estipular-se em proveito de um terceiro, quando essa for a condição de uma estipulação que se faz para si próprio ou de uma doação que se faz a um terceiro. O autor dessa estipulação já não pode revogá-la, se o terceiro declarou pretender aproveitá-la.» GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 381, observam que o *Code Napoléon* não constituiu mais do que uma etapa intermédia na formação da noção de estipulação para terceiro e, por conseguinte, na compreensão do verdadeiro alcance do princípio do efeito relativo dos contratos. Sobre a evolução histórica conducente à admissibilidade genérica do contrato a favor de terceiro no nosso ordenamento jurídico e nos que nos estão mais próximos veja-se, entre nós, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 36-48. Em Portugal, a figura era inicialmente desconhecida do Código de Seabra. Mas foi introduzida pelo legislador de 1930, ou seja, ainda antes da entrada em vigor do actual Código Civil, por via do aditamento de um § único ao art. 646.º CS pelo Decreto n.º 19.126. Sobre este ver ABEL DE CAMPOS, *CBT*, Ano III, pp. 275-277. O autor notava ainda que, antes do Código de Seabra, a nossa doutrina admitia com alguma generosidade o contrato a favor de terceiro, discordando frontalmente, neste ponto, de POTHIER. Todavia, essa posição não viria a reflectir-se no Código de Seabra. Cfr. ainda a observação de MAGALHÃES COLLAÇO, *Legitimidade*, p. 99, a propósito deste

POTHIER.¹⁴³⁷ Inspirando-se directamente nas soluções de direito romano, o autor defendeu que a estipulação para terceiro só seria válida se também o estipulante nela tivesse um interesse pecuniário, se fosse estipulada como condição de uma outra estipulação pessoal em benefício do estipulante, ou se se inserisse no âmbito de uma doação modal.¹⁴³⁸ Só neste último caso admitia a aquisição, pelo terceiro, de um direito de acção contra o promitente. De resto, apenas ao estipulante se reconhecia o direito de exigir o cumprimento da estipulação para terceiro. POTHIER viria a influenciar determinantemente a redacção do *Code Napoléon*.¹⁴³⁹

Com o passar do tempo, deu-se no entanto uma evolução na interpretação do art. 1121 CCfr. Graças aos esforços conjugados da jurisprudência e da doutrina, a estipulação para terceiro foi perdendo o seu carácter de excepção e pôde passar de meramente acessória a objecto principal do contrato.¹⁴⁴⁰ Da ideia de que teria de ser uma estipulação acessória de uma estipulação principal a favor do próprio estipulante rapidamente se passou para a consideração de que, desde que o estipulante *tivesse algum interesse* na operação, se entenderia que contratara, ou estipulara, também para si próprio. Deu-se, por conseguinte, uma alteração do sentido do termo «estipular».¹⁴⁴¹

acrescento, de que, não obstante o preceito se encontrar sistematicamente arrumado no capítulo da capacidade, se trataria aqui de um problema de legitimidade para o acto. Sobre a evolução histórica da figura da estipulação para terceiro no direito francês, veja-se GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 380-407. Sobre a sua inadmissibilidade, até há bem pouco tempo, no ordenamento jurídico inglês, veja-se a monografia *Privity* de PALMER. A obra é anterior à entrada em vigor do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. Do mesmo autor, após esta data, veja-se o artigo *First Steps*, pp. 8-27. E ainda HENLEY, *Insurance*, pp. 213-246. Na Alemanha, o desenvolvimento do contrato a favor de terceiro não foi tão problemático. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 82-86, nota que, com o fim da escola histórica do direito, o contrato a favor de terceiro como instituto de direito privado moderno passou a ser generalizadamente aceite pela doutrina germânica, tendo-se afastado de vez a máxima de direito romano *alteri stipulari nemo potest*. O ponto de charneira no desenvolvimento da figura foi marcado pelo *Vz Dritter* do austríaco UNGER (1869). Na sua senda, mas na Alemanha, terá sido importante o contributo de REGELSBERGER (a cuja obra sobre o tema não se conseguiu aceder).

1437 Neste sentido, FLATTET, *CCA*, pp. 142-146.

1438 POTHIER, *Obligations* (1761), pp. 54-82 (n.ºs 53-84), *maxime* pp. 70-73 (n.ºs 70-72). Das excepções à regra em direito romano tardio, a mais importante era, precisamente, a da *donatio sub modo*. ZIMMERMANN, *Obligations*, pp. 39-40.

1439 Cfr. ZIMMERMANN, *Obligations*, p. 44; KÖTZ, *ECL*, p. 247; GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 381.

1440 FLATTET, *CCA*, p. 138; e LARROUMET/MONDOLONI, *SPA*, pp. 7-8. Note-se que o mesmo não se passou na Bélgica. Neste sistema jurídico ainda se exige, pelo menos formalmente, que a estipulação para terceiro tenha uma carácter acessório relativamente ao contrato principal entre o promitente e o estipulante. Neste sentido, JADOUL, *SPA*, pp. 414-415 e 425. Contudo, os tribunais cedo se apressaram a dar a condição de validade por preenchida, desde que o estipulante tivesse desempenhado um papel jurídico pessoal na operação e justificasse um interesse na mesma.

1441 FLATTET, *CCA*, pp. 149-150. Acerca da expressão *stipulation pour soi-même* constante do art. 1121 CCfr (cfr. *supra* n. 1436), o autor observava que, no seu sentido primitivo, a expressão queria dizer que, para estipular para terceiro, era preciso que o estipulante assegurasse em simultâneo algo para si

Assim se explica, neste contexto, o recurso ao conceito de interesse.¹⁴⁴² É este o único requisito que os autores entendiam – e maioritariamente entendem – necessário à admissibilidade da estipulação para terceiro. Houve quem exigisse um interesse pecuniário. Actualmente, há quem se satisfaça com um interesse moral.¹⁴⁴³ E há mesmo quem declare que somente em caso de insanidade mental do estipulante se concebe uma falta de interesse, visto que, normalmente, ninguém contrata sem nisso ter interesse.¹⁴⁴⁴ Em termos práticos, o requisito perdeu toda a sua força. É hoje um resquício da origem histórica da figura.¹⁴⁴⁵ Na lei alemã, sem este percurso histórico, optou-se por não fazer qualquer referência a este requisito nos preceitos que consagram o regime do contrato a favor de terceiro.¹⁴⁴⁶

próprio. Actualmente, entende-se que, num contrato sinalagmático, ambas as partes estipulam para si mesmas, uma em troca da estipulação da outra, bastando a inserção da estipulação para terceiro num contrato sinalagmático para se considerar satisfeita a condição. Desde que o estipulante tenha um interesse, ainda que moral, na execução da estipulação para terceiro, esta é válida. O autor conclui que serão válidas todas as estipulações para terceiro «que apresentem um carácter sério».

1442 Cfr. POTHIER, *Obligations*, p. 59 (n.º 58). Segundo o autor, não estipulo «para outrem, mas sim para mim, embora eu estipule que se fará qualquer coisa para um terceiro, se eu tiver um interesse pessoal e avaliável em dinheiro em que isso se passe». Sobre as transformações sucessivas a que foi sujeito o requisito do interesse do estipulante no ordenamento francês, veja-se ROUX, *Rôle Créateur*, pp. 45-97. Cfr. ainda, mais sucintamente, GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 384-385; e MAZEAUD/CHABAS, *Obligations*, pp. 899-902.

1443 Isto já em finais do séc. XIX. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, p. 99 n. 509.

1444 Já o afirmava BALDAWI, *Stipulation pour Autrui*, pp. 13 e 41-42. LARROUMET/MONDOLONI, *SPA*, p. 6, observam que a doutrina e a jurisprudência modernas já raramente mencionam o requisito do interesse do estipulante. Sustentam que o interesse do estipulante se encontra necessariamente presente na sua manifestação de vontade de contratar.

1445 BALDAWI, *Stipulation pour Autrui*, p. 17. Embora não tenha havido ainda uma reforma legislativa em França, uma nova concepção acerca da aceitabilidade da estipulação a favor de terceiro apareceu na Lei de 13.07.1930 (LCSfr). MILCAMP/BERDOT, *Bénéfice*, p. 235, entendem que a jurisprudência da segunda metade do séc. XIX rescreveu a lei, sob pretexto de a interpretar, e que esta lei não representou uma ruptura com o direito anterior, de fonte jurisprudencial – os seus redactores foram codificadores, mais do que inovadores. No mesmo sentido, MAZEAUD/CHABAS, *Obligations*, p. 901. os autores chegam a afirmar que se «traduziria melhor o estado do direito positivo francês substituindo o texto antigo pela afirmação de princípio da validade das estipulações para terceiro».

1446 Numa das propostas iniciais de redacção do preceito de direito alemão chegou a fazer-se menção expressa ao interesse do estipulante: «O contrato em que uma parte prometeu à outra realizar uma prestação a um terceiro exterior ao contrato é válido e eficaz entre as partes, se o estipulante tiver um interesse próprio na prestação ao terceiro, se a prestação constituir uma contraprestação, ou se for consequência de uma imposição que o promitente tenha de cumprir em virtude de uma atribuição que lhe haja sido feita pelo estipulante.» (JAKOBS/SCHUBERT, *Beratung BGB*, p. 494). A proposta não foi aceite, tendo mesmo sido substituída pelo seguinte esclarecimento: «Para a validade do contrato não é necessário um interesse especial do estipulante em que a prestação seja feita ao terceiro.» (JAKOBS/SCHUBERT, *Beratung BGB*, p. 502). Nenhuma das duas ficou na versão definitiva do diploma que conhecemos como BGB. Para os vários projectos de redacção dos §§ 328-335 BGB, cfr. JAKOBS/SCHUBERT, *Beratung BGB*, pp. 489-524). Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 108-128.

Assim compreendemos que, embora, na redacção do art. 443.º/1 CC, esta exigência se assemelhe à exigência genérica do interesse do credor na prestação, referida no art. 398.º/2 CC, na verdade o requisito teve uma justificação bem diversa na sua origem, aproximando-se mais de uma exigência equivalente à *consideration* do direito inglês.¹⁴⁴⁷ No final do séc. XIX, LAMBERT defendia já que o adágio latino que traduz a ideia de que só se pode estipular no próprio nome e para si próprio – *alteri stipulari nemo potest* – se continuava escrito na lei vigente, já não teria à época aplicação, por já não falar a linguagem do seu tempo. Entendia que a regra geral passara a ser a do art. 1121 CCfr.¹⁴⁴⁸

«A estipulação para terceiro é actualmente válida em todos os casos, como já o era no direito antigo. Nunca será suficiente, para recusar todo o efeito

1447 Cfr. MILLNER, *Ius Quaesito Tertio*, pp. 448-457. YEO, *Third Party Rights*, p. 36, explica que o *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 não teve por efeito revogar a doutrina da *privity of contract*, ou sequer afectar as várias técnicas mediante as quais os efeitos mais extremos desta doutrina eram anteriormente mitigados. O seu principal efeito foi criar uma ampla excepção a essa doutrina. Ao invés, o diploma deu uma forte machadada na doutrina da *consideration*, visto que contrariou directamente o brocardo segundo o qual *consideration must move from the promisee*, que antes impedia um terceiro de exigir o cumprimento de uma promessa pela qual não dera qualquer contrapartida. Tradicionalmente, a inadmissibilidade do contrato a favor de terceiro fundava-se em ambas as doutrinas. Cfr., neste sentido, a asserção do Lord Haldane em *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v Selfridge & Co Ltd.* (1915), p. 853, de que um dos princípios fundamentais do direito inglês seria o de que «só uma pessoa que é parte num contrato pode demandar outra com fundamento nesse contrato». Acrescentava que o direito inglês dos contratos «nada sabe de um *jus quaesitum tertio*». A este princípio, somava o de que, para uma pessoa fazer valer os termos de um contrato, tem de ter prestado uma contrapartida à contraparte, ou a outrem por indicação da contraparte. Termina com a observação de que estes dois princípios, profundamente enraizados no direito inglês, o separam dos direitos de «certos países continentais ou da Escócia». Sobre o papel que viria a desempenhar o interesse na origem da doutrina inglesa da *privity of contract*, cfr. PALMER, *Privity*, maxime pp. 26-83. A aproximação entre o efeito relativo e a exigência de uma contrapartida foi feita pela doutrina anglo-americana, segundo a qual uma das principais justificações do princípio da *privity of contracts* – próximo do princípio da relatividade dos contratos – se retira da teoria da *consideration* – que o autor considera próxima da chamada «causa» do negócio jurídico. Cfr. BEALE, *Stipulations*, p. 48; WINTGEN, *Opposabilité*, p. 45; e PALMER, *Privity*, pp. 31-54, que explica como a *privity* começou por se explicar por via do recurso ao interesse, para depois se confundir com o benefício, que foi substituindo o interesse, e se fundiu na noção de *consideration* (cfr. pp. 160-162 e 196-197). E PALMER, *First Steps*, p. 14 n. 16. São curiosas as semelhanças com o requisito do interesse em França. Veja-se BEALE, *Stipulations*, pp. 45-57. O autor sustenta que a antiga *doctrine of privity of contract* corresponde essencialmente ao que seria uma interpretação literal do art. 1154 CCfr (p. 46). Discute as principais decisões que a suportavam, pondo em evidência o modo como por vezes, mediante o recurso a alguns subterfúgios, os tribunais atingiam o objectivo da justiça dos casos concretos. Enumera as várias excepções legais que foram sendo criadas, designadamente em matéria de seguros. O sistema antigo, mesmo com os seus subterfúgios e excepções, causava alguns inconvenientes, na medida em que nalgumas matérias as dificuldades nunca chegaram a ser inteiramente ultrapassadas. Dá o exemplo das relações entre o dono da obra e os subempreiteiros.

1448 LAMBERT, *CFT* (1893), pp. 1-10. Em Itália, a sua tese foi fortemente contestada por PACCHIONI, *CFT*, pp. 197-202.

a um contrato, invocar que este constitui uma estipulação para terceiro.»¹⁴⁴⁹

LAMBERT entende, pelo contrário, que o que o referido artigo pretende combater são os actos que não passam de «aparências de contratos», em que o estipulante não se vincula pelo contrato e apenas intervém «para registar a vontade do promitente».¹⁴⁵⁰ E que, portanto, as operações visadas pelos dois artigos não têm entre si nada de comum.

«Os acórdãos que consideram válido o seguro de vida a favor de terceiro com o único argumento de que o segurado estipulou para si próprio, ao prometer pagar os prémios, não são senão uma fiel tradução, um comentário iluminado do artigo 1121.»¹⁴⁵¹

A evolução jurisprudencial resulta directamente do aparecimento de novas necessidades na vida jurídica. Foi sobretudo o desenvolvimento dos seguros de vida que motivou o retomar da questão da estipulação a favor de terceiro e que a fez evoluir rapidamente no sentido de um reconhecimento muito alargado.¹⁴⁵² Inicialmente, foram tentadas diversas fundamentações teóricas.¹⁴⁵³

«Actualmente, a estipulação para terceiro é admitida, o seu princípio consagrado. É inútil conservar o molde em que se formou. (...) O direito do terceiro beneficiário da estipulação para terceiro decorre directamente do contrato celebrado entre o estipulante e o promitente.»¹⁴⁵⁴

«Por conseguinte, é preciso reconhecer a existência de uma nova excepção ao princípio da relatividade dos contratos. A união de duas

1449 LAMBERT, *CFT*, p. 5.

1450 De notar, ainda, as observações não muito longínquas de MAJELLO, *Interesse, maxime* pp. 79-101, para quem este requisito excluiria os contratos em que os verdadeiros interessados seriam apenas o promitente e o terceiro, sendo ficcional a interposição do estipulante, ou os contratos que corresponderiam substancialmente a uma promessa unilateral, nos casos em que esta seria nula, ou seja, os casos em que não haveria um efeito dispositivo do estipulante para o terceiro. Cfr. *infra* n. 1459.

1451 LAMBERT, *CFT*, p. 10.

1452 E contudo é curioso que, hoje em dia, com o argumento da existência de regime especial, alguns autores recusem aplicar o requisito do interesse no contrato a favor de terceiro no domínio dos seguros de vida. Cfr. ainda DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 187, que afirmam que a atribuição do benefício é livre no seguro de vida, não se aplicando a este tipo contratual o requisito do interesse do estipulante na estipulação a favor de terceiro constante do art. 1411/1 CCit. Cfr. *supra* n. 1354.

1453 Cfr. *supra* n. 1313.

1454 FLATTET, *CCA*, p. 152.

vontades concordantes confere à atribuição de um direito a um terceiro um carácter sério que justifica a sua validade.»¹⁴⁵⁵

A evolução da jurisprudência francesa chegou finalmente ao ponto de admitir, sob o chapéu da estipulação para terceiro, a celebração do que designou «contrato para terceiro» (*contrat pour autrui*). Trata-se de um contrato que estipula efeitos positivos e negativos para terceiro. Todavia, ao contrário do que se passa com a clássica estipulação para terceiro, aqui a adesão do terceiro transforma-se em aceitação do contrato, mediante a qual pode dizer-se que este se torna parte. Uma terceira parte e não uma parte em substituição de uma das anteriores.¹⁴⁵⁶ Há um contrato a favor de terceiro apenas na medida em que as partes conferem ao terceiro o direito potestativo de, aceitando, se tornar parte.¹⁴⁵⁷

«[N]ão é exagero afirmar que o direito positivo se orienta para um dualismo da noção de "estipulação para terceiro", conduzindo a uma dualidade de regime jurídico, consoante a estipulação seja ou não acompanhada de um encargo imposto ao terceiro beneficiário. Resta saber se será desejável que uma mesma noção cubra duas realidades distintas?»¹⁴⁵⁸

A exigência do interesse do estipulante passou para o art. 1411 do CCit de 1942.¹⁴⁵⁹ A doutrina desenvolveu várias reconstruções do «interesse» a que se refere o preceito. Uma primeira corrente, mais antiga, identificou-o com o interesse a que faz referência o art.

1455 FLATTET, *CCA*, p. 156.

1456 GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 399-407. Neste sentido, a jurisprudência da Cassação Francesa a partir do final dos anos 70 do séc. XX, de que são exemplos Cass. Fr. 21.11.1978; e Cass. Fr. 08.12.1987. A figura do *contrat pour autrui* é analisada em detalhe por ROUX, *Rôle Créateur*, pp. 283-475. JADOUL, *SPA*, pp. 421 e 428, retira conclusões semelhantes para o ordenamento belga. Cfr. ainda FONTAINE, *Synthèse*, p. 439.

1457 Figura algo distinta é aquela a que se refere BAYER, *Vz Dritter*, pp. 140-141. O autor afirma que o benefício de terceiro, num contrato a favor de terceiro, pode consistir no direito de celebrar novo contrato com o promitente – tratar-se-á nesse caso de um contrato-promessa ou de um contrato-quadro. Exemplo de contrato-quadro, dado pelo autor, é o do contrato celebrado entre o segurador do ramo vida e algumas empresas, estipulando condições vantajosas para os trabalhadores que com aquele celebrem seguros de vida. O autor designa-o como *Sammelversicherungsvertrag*. É, para ele, algo distinto de um *Gruppenversicherungsvertrag* (p. 141 n. 62). Sobre o tema, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1885.

1458 GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 407.

1459 Primeira parte do art. 1411 CCit: «É válida a estipulação a favor de um terceiro, desde que o estipulante nela tenha interesse.» Cfr. SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, pp. 211-213; FRANZONI, *Terzi*, pp. 1213-1220; e ANGELONI, *CFT*, pp. 19-41.

1174 CCit.¹⁴⁶⁰ O preceito corresponderia a uma concretização, segundo uns, ou a um complemento, segundo outros, destoutro preceito, na medida em que o estipulante também seria credor do promitente. Uma segunda corrente, contudo, partindo de uma recusa, ao estipulante, da qualidade de credor, aproxima esta exigência do interesse do estipulante da exigência de dignidade de tutela a que se refere a segunda parte do art. 1322 CCit.¹⁴⁶¹ Desta aproximação à dignidade de tutela resulta a ideia de que, do domínio dos contratos válidos a favor de terceiro, excluir-se-iam unicamente os contratos em que os verdadeiros interessados seriam apenas o promitente e o terceiro, sendo ficciosa a interposição do estipulante, ou os contratos que corresponderiam substancialmente a uma promessa unilateral, nos casos em que esta seria nula, ou seja, os casos em que não haveria um efeito atributivo (ainda que indirecto) do estipulante para o terceiro.¹⁴⁶² Há ainda quem rejeite ambas estas leituras do art. 1411 CCit, explicando que o requisito do interesse não é um requisito de validade: a falta ou ilicitude do interesse não determinaria a invalidade do contrato, mas simplesmente a sua ineficácia em relação ao terceiro.¹⁴⁶³ Que, embora o contrato a favor de terceiro não tenha verdadeiramente uma «causa» autónoma, na medida em que assumiria a «causa» própria da relação entre estipulante e promitente, deveria ainda assim procurar-se uma justificação para a estipulação a favor de

1460 Art. 1174 CCit: «A prestação que constitui o objecto da obrigação deve ser susceptível de avaliação económica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor.» Neste sentido, veja-se, por exemplo, GORLA, *Cf Terço*, pp. 593-595.

1461 Art. 1322 CCit: «As partes podem determinar livremente o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei (e pelas normas corporativas). As partes podem ainda celebrar contratos atípicos, desde que se destinem a realizar interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico.» Este entendimento é da autoria de MAJELLO, *Interesse, maxime* pp. 1-15 e 79-101. Em França, veja-se no entanto a posição anterior, ainda que isolada, de LAMBERT, *CFT*, p. 5. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1449.

1462 MAJELLO, *Interesse*, pp. 79-101. Já SACCO/DE NOVA, *Contratto II*, p. 213, afirmam que, ou se exige algo mais, como a patrimonialidade do interesse, ou então, podendo o interesse ser meramente moral, acaba por não se distinguir facilmente da vontade. Os contratos celebrados sem interesse seriam então os contratos privados de motivação, ou seja, os celebrados por dementes, em erro, sob coacção moral. O vício da vontade transformar-se-ia na inexistência do requisito do interesse. Para evitar esta conclusão, alguma doutrina distingue o interesse moral de quem quer beneficiar um terceiro, do interesse de quem pretende gerir o seu negócio, ou seja, de quem pretende actuar por conta do terceiro. Com este requisito pretender-se-ia proibir o recurso ao contrato a favor de terceiro como alternativa à gestão de negócios ou ao mandato com ou sem representação. Os autores notam, com razão, que se torna difícil contestar que o mandatário ou o gestor de negócios tenham um verdadeiro interesse em celebrar um contrato a favor de terceiro, assim cumprindo, da melhor forma, o seu mandato ou a sua missão de gestão.

1463 FRANZONI, *Terço*, pp. 1213-1218. O autor nota que faltam decisões judiciais que excluam a validade de um contrato a favor de terceiro por falta de interesse do estipulante (p. 1214). Contra esta ideia, FERRANTI, *Causa e Tipo*, p. 183. Em França, podemos encontrar uma análise da proximidade entre a função desempenhada pelo interesse do estipulante, no contrato a favor de terceiro, e a função desempenhada pela causa, na generalidade dos contratos, em ROUX, *Rôle Créateur*, pp. 70-97.

terceiro na relação entre o estipulante e o terceiro, podendo o interesse do estipulante fundar-se, tanto na existência de uma contrapartida, quanto em motivos de ordem moral ou afectiva para com o terceiro.¹⁴⁶⁴

O art. 1411 do CCit de 1942 influenciou directamente o nosso art. 443.º/1 CC.¹⁴⁶⁵ Mas é curioso que, na nossa lei, os dois preceitos que constituem o fulcro da discussão da doutrina italiana se tenham reunido num único, o nosso art. 398.º/2 CC. Este preceito corresponde, efectivamente, a uma composição de ambos os preceitos italianos em apreço, pois a sua redacção é muito próxima do art. 1174 CCit, mas acrescentando-lhe a dignidade de protecção legal a que faz referência o art. 1322 CCit. Afigura-se, neste ponto, conveniente analisar com mais cuidado este preceito, para depois o confrontar com aqueloutro.

Contam-se em largas dezenas as referências à «vontade» no Código Civil. Contudo, em local algum é a sua presença mais sentida do que na secção respeitante à declaração negocial, por cujos preceitos perpassa a concepção de que os actos ou negócios jurídicos se formariam pela «união» ou simples «transmissão de vontades» («declaradas»).¹⁴⁶⁶ Porém, na secção relativa às obrigações em geral, depois de consagrar o princípio da liberdade de fixação do conteúdo de uma prestação, o art. 398.º/1 CC vem determinar,

1464 FRANZONI, *Terzi*, pp. 1218-1220, observa que, se a estipulação para terceiro se fundar na existência de um crédito do terceiro para com o estipulante, que este pretende saldar, desaparecendo o crédito, faltarão o requisito do interesse do estipulante, perdendo a estipulação a sua justificação. O mesmo diz relativamente aos casos de contratação de um seguro de vida a favor do cônjuge, que perderiam a sua razão de ser na eventualidade de uma anulação do casamento. Para este autor, a utilidade do requisito do interesse está nesta possibilidade de atacar a subsistência da estipulação para terceiro nos casos de insubsistência da relação subjacente entre o estipulante e o terceiro. O autor, no pensamento ou pelo menos no discurso, parece confundir a chamada «causa» do negócio jurídico e a causa das atribuições, cuja falta dá azo a uma pretensão de restituição por enriquecimento sem causa. Sobre a primeira, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1469. Em Portugal, cfr. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 92-94 e 98-102. Segundo o autor, o interesse revestiria «um duplo sentido: subjectivo, ou interesse propriamente dito, e objectivo, ou causa do contrato» (p. 94). A causa da prestação encontra-se, para o autor, na relação entre o estipulante e o terceiro. O autor entende que a falta de interesse, ou a existência de um interesse ilegal ou imoral, determinariam a invalidade do contrato, ou pelo menos da cláusula a favor de terceiro, nos casos em que o contrato possa subsistir sem ela (pp. 100-102). FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 538-539, distingue claramente ambos os conceitos de causa. O autor também retira a causa – no sentido de causa da atribuição – da referência ao interesse do art. 443.º/1 CC. Entende que, «sob pena de a fórmula legal se revelar sibilina ou mesmo vazia, o interesse do disponente há-de consistir precisamente na razão que justifica o benefício de terceiro, ou seja, na causa do acto subjacente» (p. 539). Neste sentido, MOUTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 64; e Díez-PICAZO, *Fundamentos I*, p. 435. Para a refutação desta tese, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1530. Ainda que assim fosse, num ponto teria razão FRANZONI: a ausência ou ilicitude da causa não respeita à validade mas antes à eficácia do contrato – ou da estipulação a favor de terceiro.

1465 Cfr. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 13 n. 2, 92-94, 98-102.

1466 Cfr. os arts. 217.º a 279.º CC.

no art. 398.º/2 CC, que, embora não necessite de ter valor pecuniário, a prestação deverá corresponder a «um interesse do credor digno de protecção legal». Ao fazê-lo, deitaria por terra, em meia dúzia de palavras, o pedestal em que havia aparentemente colocado a vontade e, por seu intermédio, a própria autonomia privada como expressão última de liberdade no domínio do direito privado.

Efectivamente, com a ressalva deste último preceito, a nossa lei civil não se limita a reconhecer que o direito das obrigações trata da regulação de interesses, numa adesão, ao menos nominal, aos ensinamentos da jurisprudência dos interesses. A nossa lei vai mais longe e, à semelhança do que acontecera no ordenamento italiano, determina que esses interesses só poderiam beneficiar dos meios coercivos próprios do direito na medida em que disso fossem merecedores.¹⁴⁶⁷ Note-se que também se contam em largas dezenas as referências ao «interesse» no Código Civil.

Em Itália, o principal teorizador da corrente de pensamento por detrás do preceito correspondente do Código Civil de 1942 foi EMILIO BETTI.¹⁴⁶⁸ Actualmente, a doutrina italiana vê o correspondente preceito como o resultado de um compromisso entre a tradição privatística liberal e a ideologia nacional-fascista, que, segundo um princípio de funcionalização das iniciativas privadas aos interesses públicos – ou pelo menos à compreensão pública dos interesses privados – reconheceria o poder de autodeterminação dos sujeitos privados somente na medida em que houvesse uma coincidência entre as finalidades individuais por estes prosseguidas e a utilidade social – tal como definida pelo Estado.¹⁴⁶⁹ Fê-lo, designadamente, apelando ao conceito tradicional de «causa» interpretado como «função económico-social do acto ou negócio jurídico» – conceito que no direito transalpino se encontra historicamente ligado a esta exigência de merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico, como limite positivo da autonomia privada que, consubstanciado no juízo de utilidade social do

1467 Cfr. *supra* n. 1461.

1468 Cfr. BETTI, *Negoziò* (1943), pp. 171-211.

1469 Cfr. GUARENI, *Meritevolezza*, pp. 324-332; e COSTANZA, *Contratto Atípico*, pp. 24-31. Sobre a inspiração transalpina por detrás da redacção do preceito português, cfr., entre nós, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 355-363.

negócio jurídico, representaria um *minus* relativamente ao limite negativo da autonomia privada correspondente ao juízo de licitude.¹⁴⁷⁰⁻¹⁴⁷¹

Segundo ANTUNES VARELA, ministro da justiça a quem couberam as últimas revisões do projecto do Código Civil, este responderia «às exigências de uma sociedade industrial, de espírito associativista, já fortemente marcada pelo acento social de reacção contra o individualismo».¹⁴⁷² E sobre o requisito em apreço:

«Exigindo que a prestação corresponda a um *interesse* (do credor) *digno da tutela jurídica*, a lei pretendeu: a) afastar as prestações que correspondam a um mero capricho ou a uma simples mania do credor (...) b) excluir as prestações que, podendo ser dignas embora da consideração de outros complexos normativos, como por exemplo a religião, a moral, a cortesia, os usos sociais, todavia não merecem a tutela específica do direito (...). A prestação há-de, em suma, satisfazer uma necessidade *séria e razoável* do credor, que justifique socialmente a intercessão dos meios coercitivos próprios do direito».¹⁴⁷³

1470 Cfr. GUARENI, *Meritevolezza*, pp. 324-332, *maxime* pp. 324-326. Contra, em defesa da «causa» como «função económica individual do negócio jurídico» e do juízo de demérito (*immeritevolezza*) como um juízo de ilicitude fundado na contrariedade às normas imperativas, à ordem pública, aos bons costumes, cfr. G. B. FERRI, *Causa e Tipo*, pp. 345-412.

1471 Veja-se ainda a determinação de que a liberdade contratual «será exercida em razão e nos limites da função social do contrato» (art. 421 CCbr). Sobre este artigo, veja-se a explicação do seu autor material, REALE, *História*, pp. 266-268, que fundava o teor deste preceito na exigência da função social da propriedade ínsita nos incisos XXII e XXIII do art. 5.º da Constituição de 1988. O autor entendia que o preceito estatui que os contraentes celebrem os contratos em benefício próprio mas «sem conflito com o interesse público» (p. 267). «O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da colectividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.» (p. 268). É este o «princípio da socialidade» (p. 268). O autor entende que a lei assumiu «uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas» (p. 268). De notar que, não obstante ter entrado em vigor em 2002, a elaboração do Anteprojecto deste Código Civil ocorreu entre 1969 e 1972 (cfr. pp. 19-34).

1472 ANTUNES VARELA, *Código Civil*, c. 966. Cfr. MALTEZ, *Ciência Política*, pp. 617-622.

1473 ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 108. Cfr. ainda VAZ SERRA, *Objecto*, pp. 242-246; e *Obrigações*, pp. 13-14. Cfr. ainda ANA PRATA, *Autonomia Privada*, p. 23. No mesmo sentido, mas em obra em que transparecem concepções político-ideológicas bem distintas, a autora defende que a juridicidade se afere «pela dignidade do interesse em causa, e o juízo sobre essa dignidade é um juízo normativo informado por critérios supraindividuais». Mais recentemente, numa perspectiva assumidamente consequencialista, cfr. JÚLIO GOMES/FRADA DE SOUSA, *Acordos de Honra I*, pp. 884-901, *maxime* pp. 884-885 e 888. Os autores entendem que a determinação dos acordos entre particulares ao serviço dos quais a ordem jurídica estaria disposta a colocar o seu poder coercivo é algo que não pode reconduzir-se à vontade dos intervenientes, «devendo sempre atender-se, na sua resposta, ao interesse social, à utilidade que a comunidade retira da existência de uma garantia para a execução de determinados acordos». Os autores concebem os contratos «apenas como meios ou instrumentos

Numa perspectiva actual, alheia ao ambiente ideológico dos autoritarismos em que estes preceitos surgiram, poderá questionar-se a constitucionalidade de semelhante interpretação do requisito da dignidade de protecção legal, na medida em que esta contrariaria, sem qualquer espécie de justificação, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como um dos seus principais corolários, o direito ao desenvolvimento da personalidade.¹⁴⁷⁴ Estes postulados de direito constitucional estendem a sua veia protectora aos mais diversos sectores do direito objectivo, entre os quais o direito civil, cujo desenvolvimento não pode deixar de se pautar por um reconhecimento da tutela constitucional da autonomia privada.¹⁴⁷⁵ Deste decorre a inconstitucionalidade de uma interpretação da lei que resulte num espantilhamento excessivo e injustificado da

adequados à prossecução desses fins e interesses, na medida em que sejam reconhecidos como merecedores de tutela pela ordem jurídica, e não como meras expressões ou concretizações de uma concepção filosófica que encara axiomáticamente a vontade dos indivíduos como fim em si mesma. Os autores também excluem da protecção do sistema os «caprichos» e as «bagatelas» (p. 895). Cfr. ainda *Acordos de Honra II*, pp. 172-173. Explico no texto porque não sigo as concepções de todos estes autores.

1474 Cfr. os arts. 1.º e 26.º/1 CRP. A inconstitucionalidade de semelhante interpretação é defendida por MÚRIAS/PEREIRA, *Dever de Prestar*, p. 4 n. 12.

1475 Para a defesa de um direito geral de liberdade constitucionalmente consagrado, de que decorreria a protecção constitucional do princípio da autonomia privada, cfr. P. MOTA PINTO, *Livre Desenvolvimento*, pp. 149-246, *maxime* pp. 198-205 e 210-217. Sobre o direito geral de liberdade, cfr. ainda DAVID DUARTE, *Norma*, pp. 762-771, 818-824 e 827-828. Para o direito alemão, cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 491, que sublinha que a própria autonomia privada, e não apenas a sua delimitação, é objecto de tutela constitucional. Também JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *CRP Anot. I*, pp. 287-288, embora sem uma referência expressa à autonomia privada, sustentam que «o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica». SOUSA RIBEIRO, *Problema*, pp. 145-148 nn. 350-351, manifesta algumas reservas em relação à ideia de uma tutela constitucional da autonomia privada, sem deixar de observar que, em seu entender, a questão se coloca actualmente em termos em tudo idênticos em Portugal e na Alemanha, desde a revisão constitucional de 1997 que consagrou o direito ao desenvolvimento da personalidade no art. 26.º/1 CRP. Mais recentemente, cfr. as reservas de JOSÉ ALEXANDRINO, *Estruturação*, pp. 492-526 e 584-590. O autor nega a transponibilidade da solução alemã, defendendo que, entre nós, «nenhuma necessidade e nenhuma razão» justificariam «a construção de uma liberdade geral de acção, cuja admissão teria consequências nefastas a todos os níveis do sistema de direitos» (p. 494). Considera, no entanto, como alternativa, a concepção de um «princípio constitucional objectivo de conteúdo semelhante», que «existe e constitui a base dos sistemas democráticos ocidentais», e que seria o do «primado da pessoa sobre o Estado». Desse princípio, que postularia a «necessidade de justificação das intervenções estatais ablativas da liberdade», o autor retira a inconstitucionalidade de imposições ou restrições arbitrárias (p. 525). Declaradamente contra a ideia de uma tutela constitucional da autonomia privada posiciona-se ANA PRATA, *Autonomia Privada*, por exemplo pp. 75-90 e 214-217. A autora rejeita a «liberdade negocial como aspecto intrínseco e prioritário da liberdade humana jurídica» (p. 214). Conclui que não se pode pensar autonomia privada «como um dado inerente à tutela constitucional da liberdade». Mais, haveria que «desta tutela retirar importantes elementos num sentido ou restritivo da liberdade negocial, ou reordenador desta em tais termos que o seu significado clássico surge completamente alterado» (p. 215). Trata-se, contudo, de uma obra anterior à revisão constitucional de 1982 (e seguintes).

liberdade de conformação dos contratos.¹⁴⁷⁶ Uma interpretação alternativa do art. 398.º/2 CC sustenta que este se limitaria a afirmar a juridicidade como traço necessário das obrigações.¹⁴⁷⁷ Parece não haver outra alternativa, em face dos valores jus-constitucionais em cujo seio o preceito deverá hoje ser interpretado e aplicado: para justificar a dignidade de protecção legal bastará a máxima *pacta sunt servanda*.¹⁴⁷⁸ A nossa jurisprudência parece confirmá-lo, com o seu silêncio.¹⁴⁷⁹ Em Itália, há mesmo quem comente que não houve, neste meio século, um único exemplo, jurisprudencial ou doutrinário, real ou imaginário, de um contrato que fosse declarado nulo unicamente por via desta exigência, e que não caísse, em simultâneo, por contrariedade aos bons costumes ou outro qualquer vício contratual.¹⁴⁸⁰

Regressemos ao tema do contrato a favor de terceiro, e em particular à referência ao interesse digno de protecção legal constante do art. 443.º/1 CC. A maioria da nossa doutrina recusa que a referência ao interesse presente no art. 443.º/1 CC seja uma mera reafirmação da que já consta do art. 398.º/2 CC. LEITE DE CAMPOS, designadamente,

1476 Excessivo e injustificado na medida em que lhe falte, por sua vez, uma base legal constitucional ou, tendo-a, não respeita o princípio da proporcionalidade (cfr. o art. 18.º/2 CRP). Sustenta-se que não passam este crivo, nem o afastamento das manias e caprichos do credor, nem a imposição de seriedade e razoabilidade no conteúdo de contratos que as partes dotaram de juridicidade (cfr. *supra* a citação a que se refere a n. 1473). Não se trata de negar o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário entre as proibições constitucionais de insuficiência e de excesso de que fala CANARIS, *Direitos Fundamentais*, pp. 119-125 (cfr. ainda a sua defesa da tutela constitucional da autonomia privada a p. 57). Trata-se somente de uma defesa da ideia de que uma limitação da autonomia privada fundada em semelhantes juízos de valor já constitui um excesso, constitucionalmente proscrito, por aplicação dos arts. 1.º e 26.º/1 CRP.

1477 É a interpretação avançada por MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 231-242. Na sua senda, MENEZES LEITÃO, *Obrigações I*, pp. 93-96. A juridicidade, no sentido de vinculatividade jurídica, separa os negócios jurídicos, designadamente, dos acordos de honra. Sobre a distinção, cfr. JÚLIO GOMES/FRADA DE SOUSA, *Acordos de Honra I*, pp. 874-901. Os autores desvalorizam a intenção de vinculação jurídica, sublinhando, entre outros aspectos, a necessidade de os interesses em causa serem merecedores de tutela. Contraste-se a sua posição, por exemplo, com a concepção marcadamente voluntarista subjacente ao art. 2:101/1/a) PECL. De acordo com o preceito, o critério para identificar um contrato seria o da intenção das partes de se vincularem juridicamente.

1478 Idêntica ordem de razões leva à interpretação restritiva do art. 43.º/1 LCS. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1465.

1479 Com o seu silêncio, no sentido de que não recorre a esta exigência legal para invalidar contratos que não padeçam de outros males. Os nossos tribunais têm-na entendido como uma ressalva de que a liberdade de fixação do conteúdo da prestação deve exercer-se «dentro dos limites da lei». Neste sentido, o Ac. STJ 30.09.2004. Esta interpretação vai mais longe do que a que encontra no preceito uma exigência de juridicidade, negando ao requisito qualquer função que não a de apontar para os limites noutra sede vertidos. Cfr. ainda os Ac. STJ 12.10.2006 e Ac. STJ 04.10.2007, em que o tribunal aplica o preceito em conjunto com o disposto no art. 280.º/1 CC. O raciocínio parece ser o de que a determinabilidade do objecto do negócio jurídico configuraria um desses limites. Outro aresto aplica o art. 398.º/1 CC no contexto de uma contrariedade à lei e à ordem pública e uma violação dos bons costumes, nos termos do art. 280.º/1 e 2 CC.

1480 SACCO/DE NOVA, *Contratto I*, p. 850, comentando o art. 1322 CCit.

sustenta que o estipulante «teria de revelar dois interesses»: um interesse «em contratar a favor de terceiro» e um interesse «em que o direito que daí resulta também seja atribuído ao terceiro».¹⁴⁸¹ A este se opõe o entendimento – minoritário – de que o art. 443.º/1 CC repete o disposto no art. 398.º/2 CC. Repete-o, na medida em que, não sendo o estipulante o principal credor, seria necessário clarificar que também a ele se exige que tenha um interesse digno de tutela na prestação.¹⁴⁸² MENEZES CORDEIRO, principal defensor desta ideia, entende, todavia, nisto se aproximando, em termos substanciais, da doutrina francesa e de alguma doutrina italiana, que deverá interpretar-se esta exigência como indicando apenas que o estipulante «tem de actuar em termos *efectivamente jurígenas*, sob pena de não haver qualquer contrato».¹⁴⁸³

Afasto-me deste autor no que respeita ao seu entendimento de que o estipulante nunca seria o principal credor do promitente, e de que a referência ao interesse no art. 443.º/1 CC corresponderia a uma mera reafirmação do disposto no art. 398.º/2 CC. Neste ponto cumpre fazer ressaltar, como o fez alguma doutrina italiana, que uma coisa é o interesse do credor na prestação, e outra coisa, bem distinta, é o interesse do estipulante na vinculação do promitente ao contrato, perante si próprio e perante o terceiro. Nalguns casos, mas não noutros, ao estipulante basta a constituição do direito do terceiro, pouco lhe importando a sua satisfação. Do que se trata aqui é do seu interesse *na vinculação* da sua contraparte a uma obrigação, ou a qualquer outro efeito jurídico positivo de terceiro, perante si próprio e perante o terceiro. Não obstante esta distinção, de que decorre não ser a primeira referência uma mera reafirmação da segunda, sigo o autor na interpretação da exigência de dignidade de tutela, parecendo que, aqui como ali, nada mais se exige do que uma efectiva juridicidade. No que concerne ao regime jurídico do contrato a favor de terceiro, este requisito traz de novo a exigência de *um verdadeiro efeito jurídico atributivo* do estipulante para o terceiro, e não uma mera aparência, destinada a ocultar ou possibilitar um efeito atributivo do promitente ao terceiro. É este o entendimento mais consentâneo com as raízes romano-franco-italianas do preceito. Guardarei para mais adiante a consideração simultânea de todos os interesses envolvidos num contrato de seguro a favor de terceiro.¹⁴⁸⁴

1481 LETTE DE CAMPOS, *CFT*, p. 93. Cfr. ainda pp. 13 n. 2, 92-94 e 98-102.

1482 Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 539-540.

1483 MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 539.

1484 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2119.

6.2.5. Vulnerabilidades: efeitos colaterais do sinalagma

O propósito desta secção é chamar a atenção para algumas vulnerabilidades que se criam com a extensão da força normativa de um contrato a um terceiro em virtude da estipulação de efeitos do terceiro. Em rigor, nem todas essas vulnerabilidades se circunscrevem ao domínio dos contratos *sinalagmáticos* a favor de terceiro, mas é nesse domínio que elas se manifestam com maior agudeza. Começo pela análise da posição do terceiro beneficiário e sigo depois para a do estipulante. A questão não se coloca a propósito da posição do promitente, que mantém intactos todos os seus direitos comparativamente aos contratos cuja força normativa se reduza às próprias partes.¹⁴⁸⁵

Há um aspecto que enfraquece consideravelmente a posição do terceiro beneficiário de um contrato sinalagmático a favor de terceiro, mesmo tendo em conta a eventual irrevogabilidade do benefício, que não tem merecido a atenção da nossa doutrina, que se prende com a circunstância de o terceiro não controlar o que sucede com o contrato, na parte que não respeite directamente aos «seus» efeitos. Por exemplo, nos casos em que ao promitente se confere um direito de crédito sobre o estipulante, em contrapartida do benefício atribuído ao terceiro, o estipulante poderá naturalmente *violar* o correspondente dever que sobre si próprio impende sem que o terceiro possa contra isso reagir eficazmente.¹⁴⁸⁶ Se o fizer com culpa e dano para o promitente, o incumprimento constitui-o no dever de indemnizar *este último*. No entanto, salvo se coisa diversa resultar do teor do contrato, o terceiro não poderá reagir eficazmente contra essa conduta do estipulante com base em incumprimento do contrato a favor de terceiro, mas somente com base na sua própria relação com o estipulante, exterior ao contrato a favor de terceiro.¹⁴⁸⁷ E nada poderá fazer se o promitente se recusar a prestar, invocando a *exceptio*

1485 Neste sentido, VAZ SERRA, *CFT*, pp. 172, 177 e 183. O promitente mantém inclusivamente o direito de recorrer à *exceptio non adimpleti contractus*. Sobre esse direito, cfr. ABEL DE CAMPOS, *CBT*, Ano VII, pp. 500-501, no mesmo sentido, embora notando que parece permitir-se ao estipulante a revogação indirecta do direito do terceiro. Vê-lo-emos já a seguir.

1486 Nem sempre assim é: em certos casos, o segurador tem o dever de informar o terceiro beneficiário da violação, dando-lhe tempo para que, querendo-o, cumpra em lugar do estipulante. Cfr. os arts. 55.º/2 e 3 e 91.º/2 LCS. Estes preceitos aplicam-se, quer aos casos em que o segurador tem um verdadeiro direito de crédito contra o estipulante, quer aos casos em que este último tem apenas o ónus de prestar. Como vimos, o sinalagma não depende da existência de um verdadeiro direito de crédito, e as vulnerabilidades de que falo no texto existem nuns casos como nos outros. Falo na estipulação de um direito de crédito por simplicidade, dado tratar-se do caso paradigmático. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 785.

1487 No domínio dos seguros, a essa conclusão chegou HAYMANN, *VFR*, *maxime* pp. 30-38.

non adimpleti contractus:¹⁴⁸⁸ dos sistemas jurídicos que nos estão mais próximos, parece que apenas em direito escocês o estipulante responde perante o terceiro pelo seu próprio incumprimento do contrato a favor de terceiro, designadamente, se permitir ao promitente a invocação da *exceptio* e desse modo frustrar o direito do terceiro.¹⁴⁸⁹ Significa isto que o terceiro só poderá reagir contra o estipulante se este se tiver obrigado, também perante ele próprio, no contrato ou fora dele, a cumprir pontualmente o contrato que celebrou com o promitente, directa ou, indirectamente, se se tiver obrigado a um dado resultado que se frustra com o não cumprimento do contrato.¹⁴⁹⁰ Na relação entre o estipulante e o terceiro, há que observar as regras que lhe forem aplicáveis – se se tratar de uma liberalidade, aplicar-se-á o regime dos actos gratuitos. Embora se admita que, em casos extremos, o terceiro possa recorrer ao instituto do abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, em virtude da situação de confiança criada.¹⁴⁹¹

Na prática, esta circunstância equivale à possibilidade de o estipulante fazer cessar o contrato, pois consegue impedir a sua execução, pelo menos na medida em que possa contar com alguma inércia ou mesmo com a colaboração do promitente. Sem prejuízo da possibilidade de o terceiro recorrer ao mecanismo da acção sub-rogatória, se se encontrarem reunidos os respectivos pressupostos.¹⁴⁹² É claro que a colaboração do promitente só se admitiria até certo ponto, dado que as partes não poderiam passar de uma situação de incumprimento de uma delas para uma situação de pura e simples

1488 Arts. 428.º/1 e 449.º CC.

1489 Nesse sentido, STEVENS, *Act*, p. 312.

1490 Vaz Serra, *CFT*, p. 129.

1491 Cfr. o art. 334.º CC. Tratando-se de um seguro, por exemplo, a circunstância de o terceiro segurado se encontrar coberto pelo seguro pode levá-lo a abster-se de contratar, ele próprio, um outro seguro, o que, de contrário, certamente faria. É claro que, quanto a este aspecto, há que distinguir entre os casos em que do contrato a favor de terceiro se dá conhecimento ao terceiro dos casos em que isso não acontece. Esta distinção também a fazia HAYMANN, *VFR*, pp. 30-38. Contudo, este autor rejeitava que, em qualquer dos casos, o terceiro pudesse assacar responsabilidades ao estipulante com base no contrato a favor de terceiro. Se a atribuição do estipulante não for *donandi causa*, olhar-se-á naturalmente para a sua relação autónoma com o terceiro, pelo que a questão só releva se a atribuição for *donandi causa*. O autor analisou em particular o regime da gestão de negócios. Partiu da premissa de que o gestor, depois de começar, teria de cuidar do interesse do gerido. Cfr. o § 677 BGB e, entre nós, o 466.º/1 CC. Era da opinião de que a situação se distingue da de um tomador do seguro, quando este actue *animus donandi*, pois que só se aplicaria este regime se o tomador pretendesse, de alguma forma, pedir o reembolso dos prémios ao segurado. Entendia que o tomador não se vincula de modo algum para com o terceiro e que este não pode recorrer às regras da gestão de negócios para exigir seja o que for do tomador.

1492 Cfr. os arts. 606.º a 609.º CC. Sobre este mecanismo, cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogção*, pp. 63-108.

revogação do contrato, o que lhes estaria vedado, no respeitante aos efeitos de terceiro, sem o seu consentimento.

A conclusão de que o terceiro não pode reagir eficazmente ao incumprimento do contrato pelo estipulante conduz-nos a uma outra: o regime do contrato a favor de terceiro, ainda que meramente supletivo na sua maioria, deve ser interpretado com alguma cautela no que respeita aos contratos de execução continuada. Partindo da premissa de que o estipulante só deve considerar-se obrigado perante o terceiro a manter vivos os respectivos efeitos, perdurando estes no tempo, se e só se essa obrigação resultar da relação entre ambos, exterior ao contrato, ou se coisa diversa resultar do teor do contrato, isto significa que o que se encontra vedado, por natureza, ao estipulante, em todo o contrato a favor de terceiro, é a sua cessação ou alteração *retroactiva*.¹⁴⁹³

Não podemos, naturalmente, interpretar este regime no sentido de que o estipulante que se tenha colocado em semelhante posição se obrigue perante o terceiro, indefinidamente ou mesmo durante o período acordado, aos pagamentos periódicos a que se tenha por exemplo vinculado perante o promitente, ficando precluída a possibilidade de fazer cessar os efeitos do contrato, individualmente ou por acordo com o promitente, pela simples razão de que não resulta desse regime que o estipulante se obrigue *necessariamente* seja ao que for perante o terceiro. Essa obrigação só existe se as partes a tiverem estipulado no contrato, ou se o estipulante a ela se tiver vinculado, na sua relação com o terceiro, exterior ao contrato. A possibilidade de fazer cessar os efeitos do contrato de execução continuada não deverá ser afectada pela existência de um terceiro titular de uma dada situação fundada no contrato, a menos que o contrário resulte da interpretação do contrato.

Exemplifico. Se, por efeito de um contrato, as partes constituem na esfera de um terceiro um direito de crédito – por hipótese, o direito de exigir ao promitente o pagamento de uma soma em dinheiro – trata-se de um *efeito instantâneo* do contrato. Uma vez constituído o direito de crédito, a partir do momento em que cessar a sua revogabilidade, a sua extinção está vedada às partes. O estipulante pode apenas recorrer ao subterfúgio de

1493 Esta questão será mais pormenorizadamente abordada quando tratar da figura dos seguros de grupo. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2337 e, em especial, a partir da n. 2351. Como adiante veremos, o princípio sofre algumas restrições, designadamente, nos seguros individuais por conta de um terceiro-segurado identificado na apólice.

incumprir o seu próprio dever perante o promitente, no caso de se tratar de um contrato sinalagmático biobligacional, para frustrar o direito do terceiro. Já se, por *efeito continuado* de um contrato, as partes interferem duradouramente na esfera do terceiro, por hipótese, tornando-o beneficiário de uma garantia, a ideia de que o estipulante a nada se obriga perante o terceiro a não ser que semelhante obrigação se haja estipulado no contrato ou resulte da sua relação com o terceiro, exterior ao contrato, conduz-nos à conclusão de que a garantia, efeito continuado do contrato, sobretudo se remunerada, só não pode cessar em relação ao passado, mas pode o estipulante, unilateralmente ou por acordo com o promitente, interromper o seu fluxo a todo o momento, salvo se outra coisa resultar do contrato ou da sua própria relação com o terceiro, exterior ao contrato.

Após esta referência à vulnerabilidade da posição do terceiro, passemos a uma análise da vulnerabilidade de que pode padecer a posição do estipulante em virtude da mera existência do terceiro. Esta questão só se coloca, naturalmente, em caso de irrevogabilidade da sua posição. A irrevogabilidade da posição do terceiro – chamemos-lhe «direito» – traz uma complexidade acrescida às relações entre os três sujeitos no contrato, caso venham a ocorrer perturbações no cumprimento da obrigação do promitente.¹⁴⁹⁴ Nesse caso, discute-se quem pode reagir a tais perturbações e como, se o estipulante, se o terceiro, se ambos em conjunto, problema mais complicado sempre que haja vários remédios admissíveis entre os quais caiba escolher. A questão pode assumir particular complexidade nos contratos sinalagmáticos a favor de terceiro, sobretudo na Alemanha.¹⁴⁹⁵

Em tempos, a posição reinante na doutrina alemã era a de que, apesar da estipulação de um direito de crédito do terceiro, o sinalagma formar-se-ia apenas entre as partes no contrato ou, na melhor das hipóteses, que ambos os direitos de crédito – do estipulante e do terceiro – fariam parte do sinalagma, mas que só o primeiro seria o verdadeiro «senhor do sinalagma».¹⁴⁹⁶ Nessa sua qualidade, sustentava-se que só ao estipulante caberia praticar os actos contratualmente relevantes, tais como os necessários à conversão da

1494 Sobre as perturbações no cumprimento, e uma súmula das principais posições nesta sede adoptadas pela doutrina germânica, veja-se BAYER, *V. 3. Dritter*, pp. 339-352.

1495 No nosso ordenamento, grande parte dos preceitos relevantes não dizem respeito em especial ao sinalagma, aplicando-se igualmente a contratos não sinalagmáticos, o que não significa que não possam ter um impacto distinto nos contratos sinalagmáticos. Em Portugal, a única especialidade de regime dos contratos sinalagmáticos, neste contexto, prende-se com o efeito desonerador da contraprestação (arts. 795.º/1 e 808.º/2 CC).

mora em incumprimento definitivo, bem como a resolução do contrato ou a exigência de uma indemnização substitutiva da prestação.¹⁴⁹⁷ Direitos esses que o estipulante poderia exercer sem necessidade do consentimento do terceiro.¹⁴⁹⁸ Entendia-se que o estipulante apenas deixaria de ser senhor do sinalagma se se concluísse, pela interpretação, que só ao terceiro, e não ao estipulante, se teria conferido o direito de exigir a prestação. Defendiam estes autores que, nos restantes casos, a irrevogabilidade do direito por parte do terceiro o protegeria de uma modificação ou extinção voluntária da sua posição, por qualquer das partes, mas não de uma modificação ou extinção que configurassem uma reacção à eventual ocorrência de uma perturbação no cumprimento da obrigação do promitente para com o terceiro.

Esse entendimento foi posto em causa por um influente acórdão do BGH.¹⁴⁹⁹ Neste acórdão, o tribunal reconheceu a pretensão dos passageiros num voo *charter* a uma indemnização contra a companhia aérea, pretensão essa que lhes fora conferida por contrato celebrado entre a agência de viagens e a companhia. A base legal a que o tribunal recorreu para o reconhecimento do direito à indemnização não foi o § 280 I BGB, como seria de esperar pela doutrina de então, mas sim o § 325 I BGB.¹⁵⁰⁰ Ou seja, o tribunal não se limitou a reconhecer o dever de indemnizar resultante do incumprimento pelo devedor da sua obrigação perante os terceiros, aplicando antes uma disposição própria dos contratos sinalagmáticos, em cujo regime se dispunha, entre outras coisas, um direito de opção entre os remédios disponíveis em caso de incumprimento.¹⁵⁰¹

1496 *Herr des Synallagmas*. Essa posição é ainda representada por autores como GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, pp. 492 e 499-502; e LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 223.

1497 Cfr. o § 326 I BGB (anterior à *Modernisierung*). Cfr. *infra* n. 1501.

1498 BAYER, *Vz Dritter*, pp. 340-341, observa que só a doutrina mais antiga defendia a necessidade de consentimento do terceiro, posição que, em seu entender, terá sido afastada pela jurisprudência, antes mesmo da doutrina, na medida em que as necessidades da vida prática não se compadeciam com semelhante exigência.

1499 BGH 17.01.1985. Cfr. HADDING, *Schuldverhältnis*, pp. 153-168.

1500 Refiro-me aos artigos na versão anterior à *Modernisierung*.

1501 Na Alemanha, actualmente já não restam dúvidas de que a resolução não implica uma renúncia à indemnização pelo interesse contratual positivo, dado o teor do actual § 325 BGB. Entre nós, a posição até há pouco dominante aponta no sentido da indemnização pelo interesse contratual negativo. Nesse sentido, por exemplo, ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, pp. 106-112; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 1043-1048; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações II*, pp. 265-268. Na jurisprudência, onde esta última posição é ainda dominante, veja-se, por exemplo, o Ac. STJ 13.07.2004 (*maxime* pp. 149-150). Contudo, um número crescente de autores tem-se pronunciado a favor da indemnização pelo interesse positivo. Cfr., muito recentemente, o *Interesse Contratual* de P. MOTA PINTO. Vejam-se ainda, entre outros, VAZ SERRA, *Anotação*, pp. 205-208; BAPTISTA MACHADO, *Indemnização*, pp. 209-213; RIBEIRO DE FARIA, *Natureza*, pp. 82-89; ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão*, pp. 479-495; ROMANO MARTINEZ, *Cessão*, pp. 207-216; e LIMA REGO/FERREIRA DE ALMEIDA, *Contract Law*, pp. 193-195. Ainda que tenha

Para além de reconhecer ao terceiro a qualidade de credor, para efeitos de aplicação das disposições legais relativas aos contratos sinalagmáticos, o tribunal alemão reconheceu-lhe, efectivamente, a posição de «senhor do sinalagma». Uma conclusão que a doutrina retirou desta decisão foi a de que o terceiro, sendo terceiro relativamente ao contrato, deveria no entanto ser considerado parte – adicional – no que respeita (i) ao sinalagma e (ii) à relação obrigacional criada pelo contrato.¹⁵⁰² Por uma questão de coerência e de conveniência de expressão, neste ponto do estudo, a terminologia usada continuará a ter por base o contrato e não o sinalagma ou a relação obrigacional: «terceiro» continuará a ser quem não é parte *no contrato*. Mais do que isso, esta decisão levou parte da doutrina a afastar-se diametralmente do entendimento anteriormente exposto, sustentando que, num contrato a favor de terceiro, *apenas* ao terceiro deveria reconhecer-se essa posição, pelo que apenas a este caberia praticar os actos contratualmente relevantes, tais como os necessários à conversão da mora em incumprimento definitivo, bem como a resolução do contrato ou a exigência de uma indemnização substitutiva da prestação.¹⁵⁰³

Na doutrina alemã há ainda quem defenda posições intermédias. Designadamente, há quem não se afaste muito do entendimento que confere a prevalência ao estipulante, no que respeita ao sinalagma, reconhecendo todavia ao terceiro o direito de exigir ao promitente uma indemnização pelo incumprimento definitivo da sua obrigação, independentemente da vontade do estipulante.¹⁵⁰⁴ Há, pelo contrário, quem entenda que o principal credor é, tendencialmente, o terceiro, e que o estipulante só teria uma pretensão acessória da pretensão principal do terceiro.¹⁵⁰⁵ Por isso a renúncia ao direito por parte do terceiro faria cair o direito do estipulante – renúncia aqui é distinta da rejeição do benefício, que fá-lo-ia cair *ab initio*. Isto, no que respeita à sua qualidade de credores. Já no que respeita ao contrato propriamente dito, sustenta-se que nenhuma destas soluções daria resposta adequada à heterogeneidade de situações em que pode

perdido actualidade, no sistema alemão, a questão da opção entre a resolução com indemnização pelo interesse contratual negativo e a manutenção do contrato em vigor com indemnização pelo interesse positivo, a questão da opção entre os diversos remédios disponíveis mantém actualidade, cá como lá, pelo menos no que respeita ao incumprimento parcial. Pense-se no art. 802.º CC.

1502 Cfr. HADDING, *Schuldverhältnis*, pp. 158-168.

1503 Na doutrina, esta posição foi sufragada por HADDING, *Schuldverhältnis*, pp. 158-163; e por ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I-II*, p. 297. Cfr. *supra* n. 1497.

1504 Parece ser esta a posição de FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, p. 156.

1505 BAYER, *Vz Dritter*, pp. 217-219 e 359.

existir um contrato a favor de terceiro, que pediriam um tratamento diferenciado.¹⁵⁰⁶ Mas que, de uma forma geral, a relação obrigacional com o terceiro não fundaria apenas, para o devedor, o dever principal de realização pontual da prestação contratual, fundando ainda deveres de protecção e de cuidado, bem como outros deveres acessórios.¹⁵⁰⁷

Há numerosa jurisprudência no sentido de que, quer o estipulante, quer o terceiro terão pretensões indemnizatórias pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, sob condição, evidentemente, de terem sofrido danos.¹⁵⁰⁸ E com razão. Esta «dupla atribuição de direitos» não implica um alargamento da responsabilidade do promitente.

«Em princípio, a dupla atribuição de direitos ao estipulante e ao terceiro permite ao estipulante o exercício irrestrito de todos os direitos secundários. Porém, o terceiro também pode fazer valer a todo o tempo quaisquer direitos secundários que para si tenham interesse, ou seja, em regra, não os direitos de resolução do contrato ou de redução do preço, que em princípio se reservam ao estipulante, enquanto parte contratual em sentido estrito. De resto, tanto o estipulante quanto o terceiro podem ver as suas posições limitadas, se entretanto tiver sido exercido um direito de escolha (por exemplo, à luz dos §§ 325 e 326 BGB).»¹⁵⁰⁹

Os escritos destes autores alemães pecam muitas vezes por uma insuficiente separação entre o domínio da obrigação e o domínio do contrato – característica natural num sistema jurídico em que o contrato se reduz ao domínio da obrigação. Entre nós, na senda do que vem sendo a posição maioritária na doutrina italiana, pode dizer-se, muito sucintamente, que o terceiro tem ao seu dispor todos os instrumentos próprios do credor de uma obrigação, que visem o respectivo cumprimento e/ou o ressarcimento dos danos sofridos, mas que ao estipulante cabem, em princípio, os mecanismos contratuais propriamente ditos: apenas o estipulante tem legitimidade para pedir a declaração de nulidade ou a anulação do contrato, ou a sua resolução.¹⁵¹⁰ Também lhe assistem, como

1506 BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 341.

1507 BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 348.

1508 BAYER, *Vgl. Dritter*, pp. 342-343.

1509 BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 345. O autor refere os artigos na versão anterior à *Modernisierung*.

1510 Cfr. ANGELONI, *CFT*, pp. 378-389.

vimos, salvo disposição em contrário, os instrumentos próprios de credor, domínio em que concorre com as pretensões do terceiro.¹⁵¹¹ Também o ressarcimento dos danos sofridos pode ser pedido pelo estipulante, o que todavia não cria um problema de duplicação de indemnizações, dado tratar-se de danos distintos: cada um só pede o ressarcimento dos danos próprios.¹⁵¹² Evidentemente que, sem prejuízo da sua legitimidade, em princípio exclusiva, para o exercício dos mecanismos contratuais propriamente ditos, a posição do estipulante sofre necessariamente alguns ajustes, quando comparada com a de um vulgar contraente, na medida em que lhe está vedado desvirtuar a posição do terceiro, que naturalmente depende, até certo ponto, da subsistência do contrato.

Há designadamente quem sustente que o estipulante «perde» o direito de resolução por incumprimento ou por impossibilidade da prestação com o advento da irrevogabilidade do direito do terceiro. Na verdade, o estipulante não perde esse direito, simplesmente não poderá exercê-lo sem a cooperação do terceiro, na medida em que, resultando do contrato um direito de crédito de terceiro, deixa de estar nas mãos do estipulante a possibilidade de desfazer os efeitos do contrato. Veja-se o disposto no art. 432.º/2 CC. Não se trata aqui de *restituir* o que houver sido recebido mas de *desfazer* outros efeitos do contrato, designadamente a constituição de um direito de terceiro. Já se o terceiro abdicar do seu direito de crédito de modo a permitir o funcionamento do processo resolutivo, o estipulante poderá então exercer o seu direito de resolução contra o promitente.¹⁵¹³ A posição do terceiro já não afectará o direito do estipulante de recorrer à *exceptio non adimpleti contractus*: ao escusar-se a cumprir em caso de incumprimento do promitente, essa sua escusa em nada prejudica a posição do terceiro. A posição do terceiro também não afectará, na maioria dos casos, o direito do estipulante de anular o contrato, porque, em

1511 Note-se que, em grande medida, este regime é também supletivo, podendo as partes conferir ao terceiro, designadamente, os direitos de resolução ou modificação do contrato. Neste sentido, BAYER, *Vz Dritter*, p. 345. No limite, poderá, quando muito, discutir-se a partir de que ponto é que o terceiro deverá passar a qualificar-se como parte adicional no contrato. Esta questão será discutida em mais detalhe a propósito dos seguros de grupo. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1885.

1512 Neste sentido, veja-se a explicação sucinta de FRANZONI, *Terzi*, pp. 1237-1239.

1513 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 90 e 158-162. O autor sustenta ainda que, sendo a cláusula a favor de terceiro uma cláusula acessória, e referindo-se o problema ao objecto principal do contrato, o estipulante não perde o direito de resolver o contrato, mas deve reconhecer-se o direito do terceiro a ser indemnizado pela perda da sua situação. Afirma que, resolvendo-se o contrato, o destino da prestação restituída pelo promitente depende de caso para caso, podendo esta ter de ser restituída, não ao estipulante, mas ao terceiro, como indemnização. Cfr. o art. 801.º/1 CC.

princípio, havendo fundamento para anular o contrato, esse fundamento afecta os alicerces do próprio direito de crédito do terceiro.¹⁵¹⁴

Maior dificuldade nos oferece a consideração dos mecanismos em que se confundem as qualidades de contraente e de credor. Podemos dizer que não cabe ao terceiro optar pela redução do preço, em caso de cumprimento defeituoso, na medida, naturalmente, em que o preço a pagar pelo estipulante ao promitente não lhe diz respeito.¹⁵¹⁵ Mas também é certo que a opção pela redução do preço implica uma renúncia ao direito de exigir o cumprimento conforme ao inicialmente acordado, o que não caberia somente ou sequer principalmente ao estipulante.¹⁵¹⁶ Este é um exemplo de uma opção que exige a cooperação de ambos – estipulante e terceiro.

As dificuldades aumentam em tudo o que respeita à coexistência de ambos os direitos de crédito – do estipulante e do terceiro. Como vimos, alguma doutrina – onde se incluem sem excepção os escritos nacionais sobre a matéria – subordina em quaisquer circunstâncias o direito de crédito do estipulante ao direito de crédito do terceiro.¹⁵¹⁷ A rejeição dessa subordinação, que defendo, implica que a resposta a toda uma série de questões fique dependente de uma análise casuística – na medida em que, muito naturalmente, essa subordinação resultará por vezes do estipulado pelas partes, podendo dar-se outras vezes o inverso, e podendo por último as partes nada ter decidido sobre a matéria, ou ter estabelecido uma absoluta igualdade hierárquica entre os direitos de crédito do estipulante e do terceiro. Esta será uma questão a resolver por via da interpretação. Àquele que identificarmos como o credor principal caberá, designadamente, fixar o prazo a partir do qual a mora se transforma em incumprimento definitivo.¹⁵¹⁸ Contraponham-se dois exemplos. Num seguro de vida em caso de morte do próprio tomador, o principal credor da prestação do segurador é sem dúvida o beneficiário designado no contrato. Já numa situação de fornecimento abreviado, em que,

1514 Nem sempre será assim. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de anular um contrato por erro (art. 251.º CC). Nalguns casos, o erro será de molde a afectar o terceiro mais do que o estipulante. Pense-se no erro sobre as qualidades da coisa adquirida para o terceiro. Não se justificaria admitir a anulação do contrato pelo estipulante, quando o terceiro a quem a coisa se transmitiu se considera satisfeito com ela. Trata-se de uma questão a ponderar caso a caso.

1515 Neste sentido, BAYER, *Vz Dritter*, p. 346.

1516 Cfr. os arts. 793.º e 802.º CC.

1517 Cfr. em especial as conclusões de PAULA COSTA E SILVA, *CFT*, pp. 963-994. Cfr. *supra* n. 1412.

1518 Cfr. art. 808.º/1 CC. Em sentido distinto, sustentando que essa fixação caberá sempre ao terceiro, cfr. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 423 n. 1.

por contrato a favor de um terceiro seu cliente, o estipulante determina que a mercadoria que se comprometera a fornecer ao cliente lhe é transmitida e entregue – ou só entregue – pelo promitente, seu fornecedor, concedendo ao cliente o direito de fazer valer os termos do contrato contra o promitente, parece que o principal credor, na relação com o promitente, será o próprio estipulante.¹⁵¹⁹

A lei não nos dá qualquer pista de resolução dos casos em que não pudermos concluir o que quer que seja pela interpretação do estipulado, directa ou tacitamente, pelas partes. Em caso de igualdade de ambos os direitos de crédito, nem o estipulante nem o terceiro poderão seleccionar, de entre os vários remédios admissíveis, aquele ou aqueles que mais lhe aprouverem, sem prejuízo da posição do outro, o que resulta em muitas circunstâncias numa situação que não será a mais prática para nenhum deles, mas que tão-pouco será mais complicada do que tantas outras situações de pluralidade de credores – veja-se o disposto no art. 538.º/1 CC. Neste caso, a questão não é propriamente de indivisibilidade da prestação, mas, na prática, as dificuldades são muito semelhantes, na medida em que não pode autonomizar-se o que é devido a cada um dos credores. É, efectivamente, um único comportamento que é devido a ambos, por inteiro. Nos restantes casos de pluralidade de credores, é igualmente complicada a solução dos problemas decorrentes de eventuais perturbações no cumprimento da obrigação.¹⁵²⁰

6.2.6. Obrigações de restituição

O problema das obrigações de restituição a que poderá dar azo a execução de um contrato a favor de terceiro inválido ou ineficaz é muito discutido na dogmática do direito privado contemporâneo.¹⁵²¹ Analisemo-la, na perspectiva do ordenamento português, sem esquecer que, neste, ao contrário do que acontece no direito alemão, as

1519 A questão da distinção entre os contratos a favor de terceiro segundo o critério do principal credor da prestação será desenvolvida adiante, a propósito das obrigações de restituição. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1546.

1520 A situação pode também causar dificuldades em caso de mora de um dos credores. Pense-se, em especial, no art. 815.º/2 CC. Inelutavelmente, a circunstância de a mora se imputar ao terceiro não afasta a aplicação desta regra, mantendo-se o estipulante obrigado a cumprir não obstante a impossibilidade de cumprimento da obrigação do promitente.

1521 Na exposição que se segue, procurará averiguar-se qual dos sujeitos envolvidos tem uma pretensão directa de restituição, e contra quem a tem. Com isto não se enjeita a possibilidade de, encontrando-se reunidos os respectivos pressupostos, o promitente recorrer ao instituto da acção sub-rogatória para fazer valer pretensão do estipulante contra o terceiro, ou vice-versa, nos termos do disposto nos arts. 606.º a 609.º CC. Sobre este mecanismo, cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*.

obrigações de restituição fundadas na invalidade ou resolução de um contrato total ou parcialmente executado não se regem, pelo menos directamente, pelos cânones do enriquecimento sem causa, cujo regime se aplica directamente apenas aos restantes casos de ineficácia de um contrato total ou parcialmente executado (de ora em diante, falarei em ineficácia em sentido estrito, para me referir unicamente a estes últimos casos).¹⁵²² Daí falar simplesmente em «obrigações de restituição».¹⁵²³

MENEZES LEITÃO sustenta que o regime das obrigações de restituição com base na invalidade ou resolução do contrato só se aplica às relações entre as partes, e não a terceiros, pelo que a subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa não seria posta em causa com o recurso a este instituto para justificar uma acção de restituição contra o terceiro num contrato a favor de terceiro.¹⁵²⁴ Não posso concordar com a sua posição. Como disse acima, o contrato a favor de terceiro configura o principal desvio ao princípio do efeito relativo dos contratos, na medida em que reduz o seu campo de aplicação praticamente a metade, permitindo o alargamento a terceiros da força

1522 O nosso legislador, por influência francesa, teve por bem não sujeitar ao regime do instituto do enriquecimento sem causa as pretensões de restituição fundadas em invalidade. Cfr. os arts. 289.º e 290.º CC. Nestes, não se recorre ao regime geral da restituição por enriquecimento constante dos arts. 473.º a 482.º CC. E tão-pouco se cria um regime especial baseado no do enriquecimento. Não ia neste sentido o projecto de RUI DE ALARCÃO, *Invalidade*, pp. 235-241 (que remetia, neste âmbito, para as regras do enriquecimento sem causa). A resolução – leia-se: quando retroactiva – é equiparada à cessação por invalidade (art. 433.º CC). Esta equiparação apenas se afasta quanto ao disposto no art. 434.º CC. Com algum prejuízo para a coerência interna do sistema, as pretensões fundadas nos restantes casos de ineficácia já se regem pelo regime constante dos arts. 473.º a 482.º CC. É duvidosa a bondade de semelhante opção de política legislativa. Contudo, não há como negá-la. Sobre a relação entre o enriquecimento sem causa e a invalidade dos negócios jurídicos, cfr. JÚLIO GOMES, *ESC*, pp. 565-663. O autor defende que, mesmo nos casos de invalidade de um contrato, se trata de uma restituição fundada num enriquecimento sem causa, embora não negue a sua sujeição a regras distintas. Considera apenas que tais regras correspondem a um afloramento da figura do enriquecimento sem causa, como a concebe (*maxime* pp. 609-611 e n. 961). No ordenamento jurídico alemão, são distintos os regimes legais da obrigação de restituição em caso de invalidade ou ineficácia do contrato e em caso de resolução ou de outro modo de cessação que não destrua retroactivamente os efeitos do contrato, mas todos eles se fundam no instituto do enriquecimento sem causa. No primeiro caso, terá aplicação o regime geral do enriquecimento sem causa dos §§ 812-822 BGB. No segundo caso, aplicar-se-á o regime da resolução dos contratos dos §§ 346-358 BGB. Neste último caso, entende-se que o contrato sofre apenas uma transformação, deixando de ter por finalidade a implementação do inicialmente acordado entre as partes e destinando-se, a partir de então, a dissolver a respectiva relação, não perdendo esta, na fase de dissolução, a sua natureza contratual. Sobre este último regime, na versão posterior à *Modernisierung*, cfr. ZIMMERMANN, *Restitution*, pp. 323-341.

1523 Cfr. JÚLIO GOMES, *ESC*, pp. 84-105. O autor critica a imprecisão e ambiguidade do termo. Não obstante a sua crítica, que não pretendo refutar, uso o termo «restituição» para abranger todos os casos de que trato.

1524 MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 602 n. 113. Também parece ser essa a posição de ANTUNES VARELA (cfr. *infra* n. 1641).

normativa positiva dos contratos. Esse alargamento tem consequências de regime, de que é exemplo o disposto no art. 449.º CC. Outra consequência é a aplicação, a tais terceiros, que mais não seja por identidade de razão, do regime dos arts. 289.º e 290.º CC.¹⁵²⁵

Começemos pela ineficácia de um contrato total ou parcialmente executado. Se estiver em causa um contrato a favor de terceiro em sentido impróprio, ou seja, um contrato que de algum modo se reflecta positivamente na esfera de um terceiro sem que nela se constitua, por mero efeito do contrato, qualquer pretensão directa contra o promitente, a situação não gera dúvidas na doutrina: falhando a base dessa atribuição, por motivo de ineficácia na relação entre as partes, o promitente deve exigir a restituição do enriquecimento ao estipulante e não ao terceiro, cabendo ao estipulante exigir a restituição do enriquecimento ao terceiro, se for caso disso.¹⁵²⁶ Tratando-se de um contrato inválido, a solução será idêntica, na medida em que as pretensões de invalidade não se estendem ao terceiro num contrato a favor de terceiro em sentido impróprio.

Maior discussão tem gerado, a este respeito, o verdadeiro e próprio contrato a favor de terceiro, atributivo de uma pretensão ao terceiro.¹⁵²⁷ Uma vez que, nestes casos, estamos em presença de três relações distintas, entre promitente e estipulante, entre promitente e terceiro e entre estipulante e terceiro, há que destrinçar que perturbações geram uma pretensão de restituição, e quem se encontra adstrito ao correspondente dever de restituição, tendo em conta que, nestes casos, o promitente presta, quer ao estipulante,

1525 Com efeito, o terceiro, num contrato a favor de terceiro, deve para este efeito ser designado «parte», não se contando entre os «terceiros» de que trata o art. 291.º CC. Está aí na verdade em causa quem é sujeito ou não de um efeito jurídico, e não de um contrato.

1526 Cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 124 e 139-140 mm. 38 e 49. O autor sublinha que os casos de contrato a favor de terceiro em sentido impróprio devem seguir o mesmo regime dos de mera instrução de prestação a terceiro (*Anweisung*). Também o sublinha HASSOLD, *Leistung*, p. 244. Cfr. ainda MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 592. Já vimos que, no caso de um contrato a favor de terceiro em sentido impróprio, sendo este eficaz, é justa causa de enriquecimento do terceiro, uma vez executado, não obstante a inexistência de uma pretensão do terceiro para exigir essa execução. Cfr. *supra* n. 1288. Em caso de ineficácia, poderá ter aplicação o disposto no art. 478.º CC (directamente ou por analogia).

1527 Para uma panorâmica da doutrina alemã relativa ao enriquecimento sem causa nos contratos a favor de terceiro, cfr. MK/LIEB, § 812 pp. 1288-1292 mm. 129-140; STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 120-124 mm. 37-40; e BAYER, *Vz Dritter*, pp. 352-363. Vejam-se ainda os resumos de LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, pp. 240-242; e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 156-157. Este último segue de perto, nas posições adoptadas, uma das principais obras sobre a matéria: o *Bereicherungsausgleich* de HADDING. E as exposições de REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 478-485; e KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 45-49. Cfr. ainda os estudos, menos recentes, de PETERS, *Folgen*, pp. 71-92; e CANARIS, *Bereicherungsausgleich*, pp. 828-834. Em Portugal, veja-se MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 594-608.

quer ao terceiro, no sentido tradicional do termo no contexto do enriquecimento por prestação.¹⁵²⁸

Se o vício surge e é detectado antes da execução do contrato a favor de terceiro, não chega a surgir a necessidade de restituição, dado que não se geram dúvidas de que o promitente pode opor ao terceiro o vício do contrato, recusando-lhe a sua prestação.¹⁵²⁹

O problema surge quando o vício é detectado em momento posterior à percepção da atribuição pelo terceiro. Começemos pela ineficácia na relação entre o estipulante e o

1528 Sublinham-no LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, p. 240; e REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 478. É importante notar, antes de avançar, uma importante distinção terminológica. MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 591 e 593, a propósito do enriquecimento por prestação, refere-se à circunstância de uma mesma atribuição poder consistir em várias prestações. Segue HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 19-20, que explica como, num contrato a favor de terceiro, a atribuição directa (*unmittelbare Zuwendung*) do promitente ao terceiro pode dar azo a três «prestações» (coloca entre aspas o termo *Leistungen*). 1. Uma «prestação» directa do promitente ao terceiro (*solvendi causa*). 2. Uma «prestação» indirecta do estipulante ao terceiro (*solvendi causa, credendi causa* ou *donandi causa*, consoante for o caso). 3. Uma «prestação» indirecta do promitente ao estipulante (*solvendi causa*). Duvida da existência desta última sempre que a segunda seja *donandi causa*. Contudo, embora não podendo dizer-se que haja, neste último caso, enriquecimento do estipulante, para efeitos do recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, julgo não poder duvidar-se de que, também aqui, há um movimento jurídica e economicamente relevante proveniente da esfera do promitente para a do estipulante. Note-se que o termo «prestação», com ou sem o recurso às aspas, adopta tradicionalmente, no contexto do enriquecimento sem causa, uma acepção distinta da que é própria do direito dos contratos, o mesmo se dizendo do conceito de atribuição. Sobre estes, cfr. *supra* o texto a partir da n. 773. Na Alemanha, a contraposição entre os conceitos de prestação para efeitos do § 241 e do § 812 BGB é salientada, designadamente, por v. TUHR, *Allg. Teil II 2*, pp. 53-54, que afirma que, no primeiro contexto, a prestação corresponde a uma conduta do devedor, que não se traduz necessariamente numa atribuição, em sentido patrimonial, na medida em que, sendo de natureza onerosa, pode modificar o conteúdo do património do credor sem o aumentar, enquanto que, no segundo contexto, a prestação corresponde a uma atribuição, também em sentido patrimonial, no sentido de que ocorre o acréscimo de um património alheio, mas não necessariamente a uma conduta, podendo consistir apenas, e designadamente, na vinculação que a precede – também ela um acto voluntário. HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 99-100, afirma que a prestação, no contexto do enriquecimento sem causa, corresponde a uma atribuição finalisticamente orientada (*eine zweckgerichtete Zuwendung*). Clarificara-o ESSER, *Schuldrecht*, p. 777. BAYER, *Vz Dritter*, p. 357, sustenta que o conceito de prestação, no contexto do enriquecimento sem causa, corresponde a um «incremento consciente e finalisticamente orientado do património alheio». Assim distingue os conceitos de «prestação» e de «atribuição»: à atribuição, conceito finalisticamente neutro, o proporcionar fáctico abstracto do objecto da prestação, a prestação acrescentaria uma orientação finalística, dando à atribuição a sua causa. Cfr. ainda HASSOLD, *Leistung*, pp. 3-4; e MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 654-667. Mas o conceito de prestação no contexto do enriquecimento sem causa é desde há muito objecto de acesa controvérsia. Para uma visão crítica do conceito e sobretudo da sua utilização no contexto do enriquecimento sem causa, cfr. JÚLIO GOMES, *ESC*, pp. 670-733. Cfr. BEUTHIEN, *Zweckerreichung*, pp. 284-285. O autor defendeu o uso de conceitos de «prestação» e de «atribuição» comuns ao direito dos contratos e do enriquecimento sem causa. Não interessa prosseguir nesta sede a discussão desta matéria. Interessa apenas sublinhar que, neste ponto, o uso distinto dos termos poderia conduzir a alguma confusão. Salienta o uso distinto, designadamente, PEDRO MÚRIAS, *Atribuição*, p. 6 (cfr. ainda pp. 27 e 29, texto e n. 123). Para um exemplo da utilização dos termos própria do direito dos contratos, veja-se ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 141-149. O autor fala nos negócios em que a mesma conduta configura duas atribuições distintas de natureza diversa, respeitando a mais de dois sujeitos, e como tal a pelo menos duas relações, recorrendo, entre outros,

terceiro – note-se que nem sempre existe um negócio jurídico autónomo entre o estipulante e o terceiro, pelo que este é um problema eventual. Neste caso, também parece não haver dúvidas, na doutrina da especialidade, de que apenas o estipulante poderá exigir ao terceiro a restituição por enriquecimento sem causa, não tendo o promitente qualquer direito de restituição contra o terceiro, ou sequer o direito de recusar a sua prestação, caso esta ainda não tenha ocorrido.¹⁵³⁰ Em primeiro lugar, o terceiro enriqueceu à custa do estipulante e não à custa do promitente. Sendo oneroso o contrato a favor de terceiro, caso mais comum, o promitente terá recebido eficazmente a sua contrapartida, não podendo o estipulante recusar-se a prestar com fundamento na ineficácia na sua relação com o terceiro. A restituição ao promitente implicaria, por conseguinte, o seu próprio enriquecimento sem causa. Sendo gratuito, o seu acto de liberalidade nada perde do seu significado por virtude do sucedido na relação entre o estipulante e o terceiro.

Mas a razão de ser da solução extravasa esta explicação. A verdade é que a existência de um contrato a favor de terceiro válido e eficaz constitui justificação suficiente, perante o promitente, da sua atribuição ao terceiro, tendo unicamente desaparecido a causa da atribuição indirecta proveniente do estipulante.¹⁵³¹ Para além da função de sustentação de um dever de prestar, se for esse o seu conteúdo, os contratos – todos os contratos – cumprem a função de servir de fundamento jurídico – de causa – às atribuições dele resultantes, assim escudando os seus destinatários de eventuais pretensões de restituição.¹⁵³² Nestes casos, a «causa» não é mais do que uma referência à atribuição

ao exemplo do seguro de vida. «A mesma prestação, em concreto, pode revestir, assim, a natureza de atribuição onerosa, nas relações entre o segurado e a entidade seguradora (...), e a de atribuição gratuita, nas relações entre o autor do seguro e o beneficiário». (pp. 148-149). Temos praticamente uma inversão de conceitos: onde uns vêem uma prestação e várias atribuições, outros encontram uma atribuição e várias prestações.

1529 Veja-se, por exemplo, HADDING, *Bereicherungsausgleich*, p. 69.

1530 Na Alemanha há unanimidade a este respeito. Cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 p. 120 m. 37; e BAYER, *Vz Dritter*, p. 353 n. 769. Entre nós, VAZ SERRA, *CFT*, pp. 174-175 e 192, observava que o promitente não tem de investigar o motivo da atribuição do estipulante ao terceiro. A base legal do direito de acção do estipulante poderá encontrar-se no próprio art. 473.º CC. Cfr. ainda LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 169-170. KÖTZ, *ECL*, pp. 260-261, nota todavia que, embora em geral o promitente seja alheio à relação entre o estipulante e o terceiro, devendo cumprir a sua promessa mesmo que venha a descobrir-se um problema nessa relação, excepcionalmente, a jurisprudência alemã tem vindo a permitir que o promitente anule o contrato com fundamento em erro sobre a base do negócio. Entre nós, cfr. o disposto no art. 252.º/2 CC.

1531 É esta última explicação a fornecida por MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 605, na senda de HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 126-132.

1532 Neste sentido, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, p. 411.

jurídica que deve acompanhar a atribuição de facto – sendo certo que uma atribuição de facto sem a respectiva atribuição jurídica deve, em princípio, ser restituída.¹⁵³³ Existindo um contrato a favor de terceiro válido e eficaz, o terceiro pode opor ao promitente o teor do contrato, assim frustrando uma eventual acção de enriquecimento sem causa contra si proposta pelo promitente. Isto vale, quer para o contrato a favor de terceiro em sentido próprio, quer para o contrato a favor de terceiro em sentido impróprio, visto que esta função de justificação da atribuição é independente da existência ou inexistência, num primeiro momento, de uma pretensão do terceiro em relação à atribuição.¹⁵³⁴ E vale, quer para os casos de ineficácia, quer para os casos de invalidade na relação entre o estipulante e o terceiro, porque esta justificação se aplica independentemente da natureza da obrigação de restituição.

Note-se que o promitente também não pode fazer cessar o contrato a favor de terceiro com fundamento na frustração do respectivo fim, a menos que este houvesse sido contratualizado, ou seja transportado para o próprio conteúdo das estipulações das partes, na relação entre o estipulante e o promitente.¹⁵³⁵ Na generalidade dos casos, os problemas na relação entre o estipulante e o terceiro não dizem respeito à relação entre as partes ou à relação entre o promitente e o terceiro – as únicas que, no caso dos contratos de seguro a favor de terceiro, poderemos verdadeiramente qualificar como relações de seguro.

É precisamente por isto que não têm razão os autores que julgam identificar, na exigência de dignidade de protecção legal do interesse do estipulante, uma referência à «causa» da sua atribuição ao terceiro.¹⁵³⁶ Na verdade, essa causa não respeita à sua relação com o promitente, cuja atribuição ao terceiro encontra a sua causa no próprio contrato a favor de terceiro, não existindo com autonomia dele. A causa da atribuição do estipulante ao terceiro apenas releva na relação, exterior ao contrato, entre o estipulante e o terceiro.¹⁵³⁷

1533 Cfr. *supra* nn. 1288 e 1421.

1534 JÚLIO GOMES/FRADA DE SOUSA, *Acordos de Honra I*, p. 893, notam que também os acordos de honra e as prestações de cortesia podem servir de causa para um enriquecimento. Cfr. *supra* n. 1288.

1535 Cfr. *supra* n. 1530 (anulação por erro sobre a base do negócio).

1536 Cfr. *supra* o texto junto e a própria n. 1464.

1537 O que não o transforma num negócio abstracto no que ao terceiro respeita. O vínculo do promitente ao terceiro é causal. Simplesmente, a causa que releva nessa relação está na circunstância de a prestação se fundar num acto dispositivo do promitente ao estipulante. BAYER, *Vz. Dritter*, p. 130. Sobre a distinção entre situações causais e abstractas, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 469-471.

O mesmo é dizer que não há necessidade de a causa da atribuição do estipulante ao terceiro resultar de algum modo do texto do contrato a favor de terceiro. No que a este respeita, esta não precisa sequer de existir, e a sua eventual ilicitude só releva se for do conhecimento do promitente.

«A relação de valuta é irrelevante para a celebração ou eficácia do contrato a favor de terceiro, e portanto também para a aquisição do direito pelo terceiro, na sua relação com o devedor da prestação contratual.»¹⁵³⁸

A regra de que a relação entre o estipulante e o terceiro não tem reflexos directos no contrato a favor de terceiro aplica-se inclusivamente à forma: a onerosidade da relação entre o promitente e o estipulante dispensa os requisitos de forma próprios da doação em caso de gratuitidade da relação entre o estipulante e o terceiro.¹⁵³⁹

Já o estipulante pode, naturalmente, exigir ao terceiro a restituição, independentemente da natureza do problema que afecta a sua relação com o terceiro, fazendo-se valer do regime dos negócios gratuitos, se for essa a natureza da sua atribuição ao terceiro, agora sem causa, ou dos onerosos, se não for. A sua pretensão pode fundar-se na invalidade do seu contrato com o terceiro, caso este exista, ou no enriquecimento sem causa, em caso de ineficácia desse contrato ou, de uma forma geral, em caso de insubsistência da causa que justificara, na perspectiva do estipulante, a celebração do contrato a favor de terceiro.¹⁵⁴⁰ O reconhecimento de que a estipulação contratual do efeito de terceiro, embora válida e eficaz na relação do terceiro contra o promitente, na medida em que corresponde a uma atribuição do estipulante, só na relação entre este e o terceiro poderá encontrar uma causa que obvie à pretensão de restituição do estipulante ou seus herdeiros, é desde há muito pacífico na doutrina.¹⁵⁴¹

1538 BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 209.

1539 Neste sentido, BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 210.

1540 Pense-se na hipótese de uma doação para casamento. Cfr. o art. 1753.º/1 CC. A, estipulante celebra um contrato a favor de B, seu noivo, não em virtude de relação contratual entre ambos vigente, mas em vista do seu casamento, que não chega a ter lugar. O rompimento do noivado destrói a causa da atribuição, na relação entre A e B.

1541 Cfr. *supra* n. 1530. Cfr. BAYER, *Vgl. Dritter*, pp. 286-287 e 333. O autor defende ainda que, invocando o terceiro o contrato celebrado entre estipulante e promitente como causa da sua aquisição, caberá ao estipulante, ou seus herdeiros, o ónus da prova da ausência de causa dessa aquisição na relação do terceiro com o estipulante. Na dúvida, manter-se-ia firme a sua aquisição. A questão não é isenta de dúvidas. No nosso ordenamento, não se vê onde fundá-la.

Avancemos para a hipótese de ineficácia do próprio contrato a favor de terceiro. Na Alemanha, uma corrente doutrinária de peso, que ainda hoje conta com um número significativo de adeptos, sustenta que a validade e eficácia da relação entre o estipulante e o terceiro impediria o promitente de exercer uma acção de enriquecimento contra o terceiro.¹⁵⁴² Entendem estes autores que, em princípio, só ao estipulante poderá o promitente exigir a restituição do enriquecimento sem causa.¹⁵⁴³ Sustentam, em apoio desta tese, que a única «relação causal» é a relação entre as partes no contrato a favor de terceiro, não tendo o benefício do terceiro uma causa independente no contexto desse contrato cuja falta possa suscitar um problema de restituição do enriquecimento. Sublinham que, na apreciação do património do terceiro, não deverá esquecer-se a contrapartida que este terá normalmente fornecido ao estipulante, caso a atribuição desta tenha sido de natureza onerosa. Têm dúvidas de que, nestes casos, possa concluir-se pelo enriquecimento do terceiro à custa de quem quer que seja.¹⁵⁴⁴

Isto só não seria assim, segundo esta doutrina, no caso de a atribuição do estipulante ao terceiro ser gratuita, não podendo nesse caso a restituição tornar-se efectiva contra o

1542 Era essa a posição maioritária da doutrina germânica até meados dos anos 80. Cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 120-121 mm. 37-38. Esse era o entendimento de LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht II-II*, pp. 240-242; CANARIS, *Bereicherungsanspruch*, p. 828-834; PETERS, *Folgen*, pp. 71-92; e, aparentemente, de HADDING, *Bereicherungsanspruch*, pp. 79-80, embora este último autor esclareça, mais à frente, que a existência de uma pretensão do promitente contra o terceiro ou contra o estipulante não pode admitir-se ou rejeitar-se em abstracto, dependendo do conteúdo concreto da relação entre o estipulante e o terceiro (p. 119). No sentido da posição maioritária da doutrina alemã da época, cfr. também VAZ SERRA, *CFT*, p. 173. Contra, entre os autores menos recentes, cfr. HELLWIG, *Leistung an Dritte*, p. 275. A posição da doutrina alemã mais antiga era, com efeito, a oposta: entendia-se que só ao terceiro o promitente deveria exigir a restituição do enriquecimento. Ainda neste sentido, mais recentemente, DÖRNER, *Dynamische Relativität*, pp. 343-344.

1543 Sobre a acção de enriquecimento sem causa do promitente contra o estipulante, cfr. HADDING, *Bereicherungsanspruch*, pp. 109-117, 120 e 157. O autor refere-se à necessidade de o estipulante ter actuado «no seu próprio interesse». Será esse o caso nas situações em que a prestação ao terceiro é feita *solvendi causa* ou *credendi causa*. O enriquecimento não existe se assim não for o caso. Mas então poderá recorrer-se ao terceiro (cfr. *infra* n. 1545). A menos que algo ocorra de modo a dissipar o enriquecimento, algum dos dois – estipulante ou terceiro – terá enriquecido com a prestação do segurador.

1544 Cfr. HADDING, *Bereicherungsanspruch*, pp. 82-109 e 119-120. O autor faz notar que o aumento patrimonial a que deu azo a prestação deve contrapor-se à diminuição patrimonial fundada na relação entre o terceiro e o estipulante: no final, o saldo não resultará normalmente num enriquecimento (p. 90). Isto nas situações em que a prestação (indirecta) do estipulante ao terceiro é feita *solvendi causa* ou *credendi causa*. Mas já não nas *donandi causa*. Tudo depende do conteúdo da relação entre o estipulante e o terceiro (*maxime* p. 119). E são estas as três possíveis causas da prestação (indirecta) do estipulante ao terceiro. FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, p. 538, sustenta que o contrato a favor de terceiro pode desempenhar as mais variadas funções mas que se reduzem a duas as causas da atribuição a favor de terceiro: *causa solvendi* e *causa donandi*. Esqueceu a terceira – a *causa credendi* – ou tê-la-á porventura incluído numa noção ampla da primeira.

estipulante, por não haver enriquecimento de sua parte.¹⁵⁴⁵ Ou no caso de, à data da prestação, o terceiro ter conhecimento do vício que afecta a relação entre as partes.¹⁵⁴⁶

A posição de boa parte da doutrina alemã sofreu uma viragem, na senda de uma decisão do BGH de 24 de Fevereiro de 1972.¹⁵⁴⁷ O tribunal pôs em evidência que, até à data, se partira do pressuposto de que, em todos os contratos a favor de terceiro, o acto de prestar do promitente corresponderia, tanto a uma atribuição do promitente ao estipulante, quanto a uma atribuição do estipulante ao terceiro. Na verdade, porém, nem sempre é assim. Facilmente se imagina um contrato a favor de terceiro em que as partes tenham estipulado que o terceiro adquire a sua própria pretensão contra o promitente, vindo esta a subsistir, daí em diante, unicamente com base na relação entre o promitente e o terceiro, e respectivas vicissitudes, e extinguindo-se a relação entre o estipulante e o terceiro no próprio acto de contratar.¹⁵⁴⁸ Actualmente, na senda deste acórdão, a doutrina alemã dominante mostra-se favorável a uma solução diferenciada dos vários casos.

1545 Por aplicação analógica do § 822 BGB e, entre nós, do art. 289.º/2 CC, segundo MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 603. Sobre as posições na doutrina germânica, num caso em que não há inteira unanimidade de fundamentação, cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 120-121 m. 37; e BAYER, *Vz Dritter*, p. 356. Cfr. ainda PETERS, *Folgen*, 88-92, que a estes acrescenta os casos em que só o terceiro – e não o estipulante – tem uma pretensão contra o promitente fundada no contrato (cfr. § 335 BGB). E CANARIS, *Bereicherungsausgleich*, pp. 828-834, *maxime* pp. 833-834, que dá como exemplo o seguro de vida dado em garantia a um credor do tomador-estipulante, situação em que a atribuição indirecta deste àquele é em regra gratuita. Numa posição algo diversa, mas que se aproxima da anterior no resultado, é a de HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 80, 93-98, 108-109, 120-121 e 156. O autor defende a aplicação directa do § 812/1 BGB (primeira parte e primeira alternativa). Sustenta que, não tendo o terceiro, perante o estipulante, nem um direito de crédito, nem um dever de contraprestação, poderá dizer-se que enriqueceu à custa da prestação do promitente. Em caso contrário, sendo ele titular de pelo menos uma destas situações, a ocorrência do enriquecimento do terceiro é impedida pela consideração das desvantagens subjacentes à relação com o estipulante. É, portanto, em seu entender, desnecessário o recurso ao § 822 BGB (p. 124). Um caso em que parece haver unanimidade na doutrina é o do seguro de vida, na asserção de que o segurador só tem um direito de restituição contra o beneficiário, e não contra o segurado ou seus herdeiros. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, p. 362.

1546 Por aplicação analógica do art. 478.º CC. MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 603. Sobre a eventual má fé do terceiro, cfr. ainda BAYER, *Vz Dritter*, p. 362.

1547 BGH 24.02.1972. Sobre esta viragem, cfr. a análise de BAYER, *Vz Dritter*, pp. 355-356. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 p. 121 m. 38, comenta que a importância que assumiu esta decisão se deveu, em grande medida, à escassez de jurisprudência dos tribunais superiores em matéria de obrigações de restituição no contexto de um contrato a favor de terceiro. Para outros exemplos desta posição, que vai ganhando terreno na doutrina alemã, cfr. as referências bibliográficas em § 812 p. 124 m. 39. Cfr. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 483-485; KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 45-49; e MEDICUS, *BR*, pp. 429-431 mm. 681-683.

1548 O tribunal fundou-se em posição anteriormente veiculada por v. CAEMMERER, *Bereicherungsausgleich*, pp. 385-388, e desde então repetidas vezes citada pela jurisprudência e doutrina, no sentido de que, em situações em que estão envolvidas mais de duas pessoas, uma avaliação justa e realista das pretensões restitutivas de cada uma delas depende das peculiaridades de cada caso. Cfr. ainda BGH 19.01.1984, *maxime* p. 378; e BGH 20.06.1990, *maxime* p. 385. Sobre a sua influência na jurisprudência e doutrina actuais, cfr. FLUME, *Bereicherungsausgleich*, p. 1.

A doutrina divide-se, no que respeita ao critério a seguir na diferenciação, mas parece haver uma concordância relativamente generalizada quanto aos paradigmas, em seguida definidos, que devem colocar-se de ambos os lados da linha divisória.¹⁵⁴⁹ Contudo, parece haver uma certa tendência para considerar que o critério decisivo passará por saber se o «resultado económico substancial» do acto de prestar ocorre na relação entre o promitente e o estipulante ou na relação entre aquele e o terceiro. Por outras palavras, interessa saber se o promitente presta *em primeira linha* ao estipulante ou antes ao terceiro. No primeiro caso, o terceiro recebe a prestação como atribuição do estipulante na sua relação com este último. Ao prestar ao terceiro, o promitente estará essencialmente a cumprir uma sua atribuição ao estipulante. No segundo caso, pelo contrário, o promitente presta primordialmente ao terceiro. Ao prestar ao terceiro, já se perdeu de vista a circunstância de a sua vinculação inicial ter constituído uma atribuição sua ao estipulante, tudo se passando a partir desse momento, entre o promitente e o terceiro, como nas vulgares relações bilaterais.¹⁵⁵⁰

Paradigma do primeiro caso são as situações de fornecimento abreviado (*abgekürzte Lieferung*).¹⁵⁵¹ Tipicamente, nestas situações, por contrato a favor de um terceiro seu cliente, o estipulante determina, por razões de economia de tempo e de recursos, que a mercadoria que se comprometera a fornecer ao cliente lhe será transmitida e entregue – ou só entregue – pelo promitente, seu fornecedor, concedendo ao cliente o direito de fazer valer os termos do contrato contra o promitente ($A \rightarrow B \rightarrow C$ passa a $A \rightarrow C$). Paradigma do segundo são os contratos de providência (*Versorgungsverträge*).¹⁵⁵² Entre estes destaca-se, como vimos, o seguro de vida. A diferença dogmática entre estes contratos a favor de terceiro está em que, nestes últimos, tipicamente, o estipulante encerrou a sua relação com o terceiro com a celebração do contrato. No seguro de vida, sustenta-se que o que o estipulante tipicamente pretende atribuir ao terceiro é o direito de crédito. Feita a atribuição, o crédito subsiste na dependência única da relação entre o promitente e o terceiro. E o acto de prestar propriamente dito será visto, designadamente pelo terceiro, como uma atribuição do promitente. No seguro de vida, o pagamento da indemnização corresponde em regra a uma atribuição do segurador – no sentido de que é o segurador

1549 Neste sentido, REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 483.

1550 REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 480-481.

1551 Cfr. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 45-46.

1552 Cfr. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 46-48.

que é visto como o pagador do capital seguro, e não o tomador, ainda que por intermédio do segurador. Nos primeiros, pelo contrário, o estipulante só cumpre a sua obrigação, na relação com o terceiro, tipicamente, com a prestação do promitente ao terceiro, ou seja, o comportamento devido é, neste caso, não a constituição do direito de crédito na esfera jurídica do terceiro, que nestes casos é meramente instrumental, mas o próprio acto de prestar, que aquele opta por delegar no promitente. No exemplo do fornecimento abreviado, tipicamente, a entrega da mercadoria ao comprador é encarada por todos como uma atribuição do vendedor, que para o efeito optou por se servir do promitente. Para estes autores, a acção de restituição deve propor-se, em todos os casos, contra o *principal atributário* da prestação do promitente.¹⁵⁵³

Em consequência desta diferenciação, a doutrina alemã distingue os casos em que o interesse do terceiro deve prevalecer sobre o do promitente dos casos em que aquele deve bastar-se com a protecção que já retira do regime geral do enriquecimento sem causa.¹⁵⁵⁴ A necessidade de uma protecção mais forte do terceiro é reconhecida nos casos, como os de fornecimento abreviado, em que o promitente estipula o compromisso de cumprir uma obrigação do estipulante perante o terceiro, que este identifica, em primeira linha, como cumprimento da obrigação do estipulante e não do promitente, atribuindo este, em primeira linha, ao estipulante e não ao terceiro. Nestes casos, não se vê porque não conferir ao terceiro o mesmo grau de protecção de que gozam os terceiros a que se aplica, directamente, o regime do cumprimento de obrigação alheia na convicção de estar obrigado a cumpri-la – os terceiros nos contratos a favor de terceiro em sentido impróprio.¹⁵⁵⁵ Já nos casos em que é o terceiro o principal atributário do promitente – de que são exemplo os contratos de previdência – este não carece de outra protecção para

1553 Ligeiramente diferente desta é a posição segundo a qual a acção de enriquecimento sem causa estará ao dispor do promitente se o benefício do terceiro corresponder a um sacrifício económico do promitente e não do estipulante, não se tendo aquele limitado a executar uma atribuição indirecta deste ao terceiro. Neste sentido, HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 80-81. Na sua senda, MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 603-604.

1554 Designadamente, do § 818 III BGB (ressalvando os casos em que o destinatário já não se encontra enriquecido). Em Portugal, cfr. o art. 479.º/2 CC.

1555 Art. 478.º CC. Também MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 603, observa que não se aplica directamente aos verdadeiros contratos a favor de terceiro o disposto no art. 478.º CC (embora sem excluir a admissibilidade de uma sua aplicação analógica). Note-se que o art. 477.º CC, relativo ao cumprimento de obrigação alheia julgada própria, não visa regular casos do que a doutrina da especialidade chama «atribuições patrimoniais indirectas» (cfr. MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 498). Nestes casos, quem cumpre não pretende com o seu cumprimento fazer uma atribuição a outrem que não o credor. Por esse motivo, parece não se justificar uma aplicação, directa ou analógica, aos casos em apreço.

além da que já lhe é conferida, em virtude do princípio da protecção da confiança, pela aferição da obrigação de restituição pela medida do seu locupletamento à data da citação ou do conhecimento da ausência de causa da atribuição.¹⁵⁵⁶

Alguns autores consideram insuficiente esta bipartição dos contratos a favor de terceiro.¹⁵⁵⁷ Entendem que a solução para o problema deve ser casuística. Observam que «só interessa uma solução extremamente flexível e orientada para cada caso individual».¹⁵⁵⁸ Sustentam que, em última análise, apenas poderá ter-se por princípio a seguinte máxima:

«Destinatário da prestação do promitente (...) [é] quem tiver uma ligação mais estreita com o fim dessa prestação.»¹⁵⁵⁹

No essencial, parece-me tendencialmente acertada a bipartição alemã entre os contratos a favor de terceiro em que a atribuição do estipulante ao terceiro se esgota na constituição do direito de crédito do terceiro e aqueles em que a atribuição do estipulante inclui o próprio acto de prestar ao terceiro.¹⁵⁶⁰ Dentro destes últimos, também parece dever reconhecer-se uma especial necessidade de protecção do terceiro nos casos em que o acto de prestar se destina a dar cumprimento a uma obrigação do estipulante perante o terceiro. Semelhante grau de protecção já não parece justificar-se quando for gratuita a atribuição do estipulante ao terceiro. Esgotando-se a atribuição do estipulante com a constituição do direito de crédito na esfera do terceiro, o reconhecimento de uma pretensão do promitente contra este parece impor-se, até porque muitas vezes o

1556 Cfr. *supra* n. 1554. Neste sentido, cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 122-123 m. 38.

1557 Neste sentido, vejam-se BAYER, *Vz Dritter*, pp. 357-363; e MEDICUS, *BR*, pp. 430-431 m. 683. O primeiro destes autores afirma ser também esta a posição maioritária da jurisprudência mais recente, que cita a p. 363 n. 819.

1558 BAYER, *Vz Dritter*, p. 363. Cfr. os acórdãos citados *supra* n. 1548. Para o BGH, só como exemplos, mas não mais do que exemplos, poderão construir-se grupos de casos. Vejam-se, no entanto, as observações críticas de FLUME, *Bereicherungsausgleich*, pp. 1-37. O autor não analisa o contrato a favor de terceiro. Contudo, em tema de enriquecimento sem causa nas relações trilaterais, critica a posição excessivamente casuística da jurisprudência dominante, explicando que, não obstante as particularidades que possa ter cada um dos casos concretos, todos eles deverão ser resolvidos dentro dos quadros de um único instituto: o enriquecimento sem causa (pp. 35-37).

1559 MEDICUS, *BR*, p. 431 m. 683. Nesta edição, o autor acrescenta, contudo, que, por norma, é o terceiro quem tem a ligação mais estreita com a prestação.

1560 Esta distinção não é exclusiva dos contratos a favor de terceiro. De uma forma geral, podemos distinguir, por um lado, entre a transmissão a outrem do direito de propriedade sobre um sofá, ou mesmo uma empreitada para o fabrico e entrega de um sofá, e, por outro lado, a transmissão a outrem de um direito de crédito relativo ao sofá. Mesmo as consequências de regime são distintas, dado que apenas neste último caso se aplica, por exemplo, o art. 587.º CC.

estipulante não tem qualquer interesse na restituição.¹⁵⁶¹ Parece igualmente correcto que a verificação desta tendência nunca poderá substituir uma análise individualizada de cada caso concreto, por forma a concluir, por via da interpretação, em que subcategoria deverá situar-se o contrato em apreço. Em todo o caso, respondendo à questão em apreço, interessa determinar quem é o *principal atributário* do promitente, se o terceiro, se o estipulante, não sendo de excluir a possibilidade de serem ambos co-atributários em igual medida.

Concordo que, nos casos, como os de fornecimento abreviado, em que o promitente cumpre uma obrigação do estipulante perante o terceiro, que este identifica, em primeira linha, como cumprimento da obrigação do estipulante e não do promitente, atribuindo este, em primeira linha, ao estipulante e não ao terceiro, e incluindo a atribuição do estipulante ao terceiro o próprio acto de prestar ou o seu resultado, parece dever reconhecer-se a necessidade de uma protecção reforçada do terceiro, semelhante àquela de que goza o terceiro num contrato a favor de terceiro em sentido impróprio. Nestes casos, o promitente só terá uma pretensão de restituição contra o estipulante, salvo em caso de má fé do terceiro. Nos demais casos, deve reconhecer-se uma pretensão de restituição do promitente contra o terceiro, a acrescer eventualmente a uma pretensão do promitente contra o estipulante.

Retomemos alguns exemplos passados. Suponha-se que vendo o meu sofá a um amigo e contrato um transportador que o deixe em sua casa, concedendo ao meu amigo um direito de crédito relativamente à entrega – neste caso não se trata de fornecimento abreviado, mas o raciocínio é semelhante. A certa altura, posterior à entrega, descobre-se que o meu contrato com o transportador não chegou a produzir efeitos, imagine-se que por falta de preenchimento de um formulário essencial, segundo os seus termos, à produção de efeitos do contrato. Neste caso, é naturalmente a mim que o transportador virá «pedir contas». Pelo contrário, se contrato um seguro de colheitas a favor do meu caseiro, remetendo o contrato para o «regime especial» da falta de pagamento do prémio, e um dia mais tarde, depois de paga uma indemnização, vem a descobrir-se que nunca cheguei a pagar o prémio, o mais natural é que o segurador peça a restituição do dinheiro a quem o recebeu: o caseiro.

¹⁵⁶¹ Cfr. um exemplo *infra* no texto a seguir à n. 1579.

Pensemos agora no exemplo do contrato que celebro com um caçador no sentido de este dar um tiro num animal perigoso que ronda a minha casa e a do meu vizinho, conferindo ao vizinho um direito de exigir a prestação. Mais tarde vem a descobrir-se a ineficácia do contrato, designadamente por falta de verificação de uma condição suspensiva – por hipótese, o recebimento de uma herança que me deixaria numa situação financeira mais desafogada, que não chegou a acontecer, não obstante a inicial declaração do óbito do parente em causa, que depois se revelou precipitada. Parece ser este um caso em que o meu vizinho e eu somos co-atributários do promitente, em igual medida, sendo certo que ambos enriquecemos com a eliminação da ameaça que rondava as nossas casas. A solução mais correcta parece ser a de reconhecer ao promitente, pelo menos em certas condições, pretensões de restituição contra ambos.

A existência de casos de co-atribuição em igual medida não é uma raridade, o que melhor se compreende pensando na distinção, acima traçada, entre a «recepção» de uma prestação, que pode ou não ter lugar, e a permissão do seu aproveitamento pelo respectivo credor ou credores, que, esse sim, é um elemento constitutivo de todo o direito de crédito.¹⁵⁶² Um único acto de prestar pode ser aproveitado de igual forma por uma pluralidade de credores, circunstância em que poderá haver uma pluralidade de pretensões de restituição, na eventualidade de ineficácia do contrato que lhe servia de base. Contudo, não podemos ter por irrelevante a circunstância de não haver em casos como este qualquer «recepção». O acto de receber exige normalmente do receptor um certo grau de colaboração, que desaparece nos casos em que a recepção não existe. Consequência da sua inexistência é a possibilidade de tudo se passar sem que ao terceiro tenha sido dada uma oportunidade para rejeitar os efeitos do contrato, ou sequer de deles tomar conhecimento. A sua situação aproximar-se-ia dos casos de aproveitamento reflexo efectivo, por terceiro, de prestação dirigida a outrem.¹⁵⁶³ Parece que só deverá qualificar-se o terceiro como co-atributário do estipulante em igual medida nos casos em que, de algum modo, este aceitou, ainda que tacitamente, o benefício do contrato a favor de terceiro.

¹⁵⁶² Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1413.

¹⁵⁶³ Sobre estes, cfr. MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 554-563.

O raciocínio que se construiu para os casos de ineficácia do contrato a favor de terceiro não pode ser transposto, sem mais, para os casos em que a pretensão de restituição se funda na sua invalidade ou na sua resolução, porque a estes casos deve aplicar-se o regime dos arts. 289.º e 290.º CC.¹⁵⁶⁴ Não se aplicando o regime do enriquecimento sem causa, não haverá que identificar o «enriquecido». A lei manda simplesmente «desfazer o que foi feito»: restitui-se o que se houver prestado ou o respectivo valor, ainda que não se verifiquem os requisitos do enriquecimento sem causa.¹⁵⁶⁵ Contudo, não se vê motivo para não transpor para alguns destes casos o raciocínio acima exposto, no que respeita à *identificação* do principal atributário do promitente. Desde logo porque não há nada, nesse raciocínio, que o circunscreva ao âmbito do enriquecimento sem causa – o raciocínio não se destinou a identificar o enriquecido mas antes aquele de quem deveria perguntar-se se enriqueceu. Nestes casos a pergunta é outra mas também carece da prévia identificação de um interlocutor. A isto acresce que a posição contrária pode conduzir a resultados práticos inaceitáveis. É claro que uma coisa é a identificação do principal atributário e outra, bem distinta, é o regime da sua obrigação de restituição. Nos casos de invalidade e de resolução, a diferença de regime relativamente ao do enriquecimento sem causa passa essencialmente pela ausência de uma limitação da obrigação pela medida do

1564 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1524. A aplicação do art. 289.º/1 CC é directa ou *ex vi* 433.º CC. No que respeita à resolução, não tem aplicação o disposto no art. 435.º CC. O terceiro num contrato a favor de terceiro não deve ser tratado como terceiro mas como parte, na medida em que se lhe estendeu a força normativa do contrato. O mesmo se diga a respeito do art. 291.º CC. Cfr. o art. 449.º CC. Cfr. *supra* n. 1525. Por se estender ao terceiro num contrato a favor de terceiro o regime da invalidade dos negócios jurídicos, não deve aplicar-se-lhe o disposto no art. 478.º CC. Com efeito, nos casos em que o promitente cumpre uma obrigação do estipulante para com o terceiro, parece ter lugar um conflito positivo de regimes. Todavia, parece dever concluir-se pela não aplicação a estes casos do art. 478.º CC. Só assim não será para quem entende que o regime das obrigações de restituição com base na invalidade ou resolução do contrato só se aplica às relações entre as partes, e não a terceiros. Neste sentido, para além de MENEZES LEITÃO, cfr. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 420, para quem o promitente «não poderá, em princípio, repetir a prestação já efectuada, se a relação de valuta se mantiver». O autor acrescenta que a prestação só poderá ser repetida nos termos do artigo 478.º CC, «se para tal se conjugarem os pressupostos necessários». Não se nega que o princípio da subsidiariedade do enriquecimento sem causa não tem o alcance que uma interpretação literal do preceito parecia conferir-lhe. Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ESC*, pp. 941-951. A questão não é essa. Simplesmente, havendo um negócio jurídico inválido e resultando do respectivo regime que o promitente tem uma pretensão de restituição contra o terceiro, não podemos servir-nos, para afastar ou limitar semelhante pretensão, do disposto no art. 478.º CC. Este limita as pretensões directamente fundadas no regime do enriquecimento sem causa, mas já não quaisquer outras pretensões de restituição.

1565 Neste sentido, embora sem ser no contexto de um contrato a favor de terceiro, C. MOTA PINTO, *TGDC*, pp. 625-626. Não cabe desenvolver o tema nesta sede. A matéria da correlação entre os efeitos da declaração de nulidade e da anulação de um negócio jurídico e o enriquecimento sem causa, no nosso sistema jurídico, é muito ampla e encontra-se, em grande medida, ainda por explorar. Neste sentido, JÚLIO GOMES, *ESC*, p. 609.

locupletamento à data da citação ou do conhecimento da ausência de causa da atribuição.¹⁵⁶⁶

Regressemos ao primeiro exemplo contrapondo-o a um outro. Vendi o meu sofá a um amigo e contratei um transportador que o deixasse em sua casa, conferindo ao meu amigo um direito de crédito relativamente à entrega, que foi feita. Simplesmente, em lugar de se descobrir a ineficácia do contrato de transporte, descobre-se a sua invalidade, *v.g.* por algum vício das declarações. Evidentemente que a entrega não pode ser «desfeita», como não pode nenhuma prestação de facto. O desfazer dos efeitos do contrato não implica, naturalmente, que o transportador tenha de devolver o sofá à sua procedência. A questão que se coloca é a de saber a quem deve este exigir o valor da prestação a que se refere o art. 289.º/1 CC. A resposta a esta questão parece apontar para a vendedora. Tratando-se do valor de uma prestação de *facere*, parece, efectivamente, dever exigir-se o pagamento do respectivo valor ao principal atributário e não àquele, de entre os dois, que por acaso corresponde ao «receptor» da prestação.¹⁵⁶⁷ Imaginemos agora que, em lugar de me limitar a contratar um transportador, eu tinha contratado com o dono do sofá, estipulando no contrato, não somente o seu transporte e entrega ao meu amigo, mas também a transmissão da respectiva propriedade. Tratando-se, neste caso, de uma prestação de *dare*, já parece ser de admitir a exigência da sua devolução ao terceiro, nos termos do disposto no art. 289.º/1 CC.¹⁵⁶⁸

Em caso de ineficácia de ambas as relações, entre promitente e estipulante e entre estipulante e terceiro, ou seja em caso de dupla falha, a regra em tempos generalizadamente aceite pela doutrina era a de que ambas as partes no contrato a favor de terceiro poderiam exigir deste último a restituição por enriquecimento sem causa.¹⁵⁶⁹ É

1566 Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 462.

1567 Para uma desvalorização da «recepção» das prestações, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1414.

1568 Esta contraposição entre prestações de *facere* e de *dare* não se tem por absoluta. A resolução do problema dependerá, em última análise, de uma análise casuística. Desde logo, respeitando a prestação de *dare* a uma quantia em dinheiro, o raciocínio a seguir poderá ser o das prestações de *facere*. O mesmo poderá acontecer se a obrigação respeitar a bens fungíveis e ainda nos casos em que a restituição em espécie não possa ter lugar.

1569 Cfr. HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 133-155 e 157; PETERS, *Folgen*, p. 80; e, mais recentemente, BAYER, *Vz Dritter*, p. 353 n. 769. MENEZES LEITÃO, *ESC*, p. 607, sustenta que, neste caso, se aplica o art. 476.º/1 CC. O autor entende mesmo que o promitente fica precludido de exigir a restituição ao estipulante, a menos que haja um desfasamento temporal entre as falhas ocorridas em ambas as relações. Aqui diverge de HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 152-155 e 157. MENEZES LEITÃO considera, por último, a hipótese de ineficácia da relação de execução entre o promitente e o terceiro, sustentando que, nesse caso, o promitente pode exigir a restituição ao terceiro por enriquecimento

claro que o terceiro não teria de restituir em dobro: tratar-se-ia de uma situação de solidariedade activa, pelo que o terceiro se exoneraria com a restituição a qualquer dos dois credores. A regra era aceite porque se entendia que o que impedia o promitente de exigir do terceiro a restituição fundada em enriquecimento sem causa era a validade e eficácia da relação entre o estipulante e o terceiro.¹⁵⁷⁰ Não sendo já essa a posição de grande parte da doutrina mais recente, segue-se que já não se aceita, generalizadamente, que ambas as partes no contrato a favor de terceiro tenham sempre, indiferenciadamente, pretensões de restituição contra o terceiro. Pelo contrário, a doutrina vem aplicando aos casos de dupla falha, por ineficácia, a mesma solução anteriormente exposta para os casos de ineficácia do contrato a favor de terceiro.¹⁵⁷¹ Parece ser essa a solução mais correcta, tendo em conta que o promitente é alheio à relação entre o estipulante e o terceiro, não podendo a sua posição variar consoante a eficácia ou ineficácia, em sentido amplo, dessa relação. Pela mesma razão, a solução a aplicar aos casos de invalidade de ambas as relações também deverá ser a mesma que antes se expôs a propósito da invalidade do contrato a favor de terceiro.¹⁵⁷² E é claro que, numa situação de invalidade de uma das relações e ineficácia da outra, prevalece a qualificação do vício do contrato a favor de terceiro, única relação a que o promitente não é alheio.

Para terminar, analisemos alguns casos em que o problema subjacente ao enriquecimento se prende com a ocorrência de perturbações na execução da prestação do promitente ao terceiro: nem o contrato nem a relação de execução padecem de quaisquer vícios geradores de invalidade ou ineficácia, simplesmente a sua execução não tem lugar em moldes inteiramente conformes ao estipulado.

Pensemos, mais uma vez, num exemplo de seguros de vida. Por norma, os clausulados deste tipo contratual estabelecem, como regra supletiva, que, na falta de indicação expressa em contrário, serão beneficiários do seguro os «herdeiros legais» da pessoa

sem causa. Mas este caso, para além de raro, não oferece especialidades relativamente aos contratos que não sejam a favor de terceiro. Vai buscar a expressão «relação de execução» (*Vollzugsverhältnis*) a HADDING, *Bereicherungsausgleich*, pp. 12-13 e 75-76. Distintas são as hipóteses que envolvem outras perturbações na execução da prestação do promitente ao terceiro, que não envolvam a ineficácia da relação. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 1572.

1570 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1542.

1571 Cfr. STAUDINGER/S. LORENZ, § 812 pp. 124-125 m. 40; e REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 485.

1572 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1564.

segura.¹⁵⁷³ Uma questão que se colocava e que os clausulados muitas vezes não esclareciam era a de saber se, em caso de pluralidade de beneficiários, devia entender-se que a remissão do contrato para a lei sucessória se estendia à determinação da proporção do capital seguro que caberia a cada um dos herdeiros; ou se, pelo contrário, devia entender-se que a remissão se limitava à identificação da pessoa dos beneficiários, devendo dividir-se o capital seguro em partes iguais.¹⁵⁷⁴ Por outras palavras, se o benefício se distribuiria *per stirpes* ou *per capita*. Imaginemos agora o caso de um tomador entretanto falecido que segurara a sua própria vida em caso de morte. Imaginemos que o segurador opta por um critério de distribuição do capital seguro e, mais tarde, esse critério vem a ser afastado em tribunal. Naturalmente que este é um problema que afecta, em simultâneo, ambas as relações – entre o tomador e o segurador e entre o primeiro e os beneficiários. Isto acontece porque se trata de um caso em que, por via de regra, toda a regulação da relação de liberalidade entre o tomador e os beneficiários consta do contrato de seguro. A conclusão a que chegarmos quanto ao sentido da designação beneficiária valerá, em simultâneo, para delimitar a extensão da atribuição do estipulante aos terceiros e da atribuição do promitente aos terceiros. Quer o segurador, quer os herdeiros do tomador, na qualidade de seus sucessores bem como na qualidade de terceiros beneficiários prejudicados, terão legitimidade para propor contra os terceiros excessivamente beneficiados uma acção de enriquecimento sem causa.¹⁵⁷⁵

1573 Cfr. o art. 201.º/2 LCS. BAYER, *Vz Dritter*, p. 237 n. 160, explica que esta expressão (em alemão *gesetzliche Erben*) se refere a quem, descontando eventuais disposições *mortis causa*, teria direito à herança do *de cuius* de acordo com as regras de direito sucessório. Entre nós a interpretação da expressão deverá ser a mesma.

1574 Por aplicação da regra geral constante dos arts. 534.º e 944.º/1 CC. Actualmente, a questão é resolvida pelo art. 201.º/3/a) LCS. VAZ SERRA, *CFT*, p. 96 n. 168, defendia a primeira posição. Pela segunda pronunciava-se, para o direito italiano, DONATI, *Trattato III*, p. 606. MCGANN, *LHIL*, p. 203; e CRAWFORD, *LHIL*, p. 205, observam que, nos EUA, a maioria das designações beneficiárias é feita *per capita*. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 360-363, manifesta alguma hesitação. Com efeito, ambas as posições tinham a sua razão de ser. Tratando-se, por natureza, de uma questão de interpretação, entendendo que a resposta só poderia ser dada caso a caso. A menos que o problema seja globalmente resolvido pela lei, como acontece agora entre nós, à semelhança do que já vinha acontecendo em diversos ordenamentos. Cfr. o § 167 II VVG (agora o §160 II VVG 2008); o art. 84 VVGch; o art. L.132-8 CAfr; o art. 86 LCSes; ou o art. 145/§ 3 LCSar (sempre com soluções baseadas numa distribuição *per stirpe*).

1575 Os herdeiros do tomador, na qualidade de beneficiários do seguro, poderão ainda agir contra o segurador, por incumprimento parcial da sua obrigação contratual. Mas nem sempre haverá incumprimento. Imagine-se um caso em que a negligência na identificação dos beneficiários é do tomador, por hipótese a entidade empregadora do segurado, e não do segurador. Nesse caso, parece não haver qualquer direito de acção contra o tomador, salvo fundado na relação estranha ao seguro existente entre este e o segurado, se esta o permitir. HAYMANN, *VFR*, pp. 38-66, analisou a possibilidade de aos «beneficiários» de um seguro ser reconhecido um direito de acção contra o estipulante tomador. Reflectiu acerca de alguns exemplos retirados do domínio do seguro facultativo

Outro problema que normalmente afecta em simultâneo ambas as relações prende-se com o seguro de vida dado em garantia do cumprimento de uma obrigação do tomador-estipulante perante um terceiro credor do primeiro (geralmente, um banco). A configuração do seguro como garantia pode fazer-se de várias formas, nenhuma das quais isenta dos riscos próprios dos domínios em que a construção pretoriana do direito é rica em sobressaltos e em que os instrumentos ao dispor das partes ainda não satisfazem cabalmente as exigências de um mercado em constante desenvolvimento.¹⁵⁷⁶ Algumas das soluções mais frequentemente utilizadas na prática seguradora nacional passam pelo recurso ao penhor dos direitos de crédito do tomador sobre o segurador em complemento de uma cláusula beneficiária a favor do banco.¹⁵⁷⁷ Não pretendendo enveredar pela problemática da admissibilidade da introdução de elementos fiduciários numa cláusula beneficiária em garantia, por não ser este o local apropriado, referirei apenas a situação, menos controversa, de uma cláusula beneficiária que indique o banco como beneficiário em caso de incumprimento da obrigação garantida – e apenas nesse caso – e que indique outrem – um terceiro ou o próprio tomador – como beneficiário subsidiário nas demais circunstâncias. Neste caso, imaginando que o banco exige o pagamento do capital seguro, e que o segurador acata esta sua exigência, vindo-se posteriormente a verificar não estarem reunidos os pressupostos para a atribuição do benefício ao banco, designadamente, por não ter havido incumprimento da obrigação garantida, temos duas possíveis situações:

de acidentes pessoais de ocupantes de veículos automóveis celebrado pelo proprietário do veículo (pp. 38-51) e do seguro de grupo facultativo de acidentes pessoais dos trabalhadores celebrado pelo empregador (pp. 51-66). Note-se, no entanto, que se tratava em ambos os casos de contratos a favor de terceiro em sentido impróprio, na medida em que aos «beneficiários» não se reconhecia qualquer pretensão contra o segurador. Relatou dois exemplos reais: um caso de um trabalhador falecido cujo empregador recebeu a indemnização e a entregou na íntegra à sua segunda mulher, em vez de entregar uma parte ao filho da sua primeira mulher; e um caso de um trabalhador acidentado, mas vivo, cujo empregador atribuiu a indemnização aos filhos, em lugar de a pagar ao próprio. Em ambos os casos houve lapso do tomador. O autor entendia que os terceiros não têm qualquer direito de acção contra o tomador. Coisa distinta seria, no entanto, se este tivesse ficado com o dinheiro para si, caso em que entende justificar-se uma acção de enriquecimento sem causa contra o tomador, nos termos gerais do § 812 BGB.

1576 Nenhuma ajuda nos é oferecida, a este respeito, pelo disposto no art. 97.º/1 LCS.

1577 Cfr. *infra* o texto junto às nn. 1674-1681 e a n. 1679. Não analisarei as questões que se prendem directamente com o penhor de créditos. Este extravasa o objecto deste estudo. Uma vez que, embora habitualmente utilizados em complemento um do doutro, de tal forma que muitas vezes não há consciência, por parte de quem os utiliza, de que se trata de dois mecanismos juridicamente distintos, o seu funcionamento é autónomo, limitar-me-ei à análise da cláusula beneficiária a favor do terceiro credor – habitualmente, um banco.

(a) Não obstante o erro, a prestação do segurador ao banco foi de molde a saldar ou reduzir a dívida do tomador para com o banco. Não se trata de um problema de ineficácia de qualquer das relações mas antes de uma execução deficiente do contrato a favor de terceiro. Por aplicação analógica do disposto no art. 478.º CC, o segurador só terá um direito de acção de enriquecimento sem causa contra o banco se se verificar que este conhecia o erro ao receber a prestação.¹⁵⁷⁸ De resto, terá um direito de acção de enriquecimento sem causa contra o tomador, que no entanto não irá com toda a probabilidade restituí-lo na íntegra à situação patrimonial anterior, dada a perturbação no seu património que representará o pagamento extemporâneo da dívida, pelo que o segurador poderá ter de exigir do banco uma indemnização para o ressarcir do restante prejuízo, caso se verifique que houve culpa deste no erro em que induziu o segurador ao exigir o pagamento do capital seguro. Neste caso haverá ainda que contar com a culpa do lesado.¹⁵⁷⁹

(b) A prestação do segurador não foi de molde a saldar ou reduzir a dívida do tomador para com o banco, dado que, por exemplo, à data dos acontecimentos, já não existia qualquer dívida do tomador para com o banco. Este, sim, é um caso de ineficácia de ambas as relações, por extinção (i) do vínculo obrigacional entre o tomador-estipulante e o banco-terceiro; e consequentemente (ii) da designação beneficiária a favor do banco-terceiro (neste caso a ineficácia não se estende às demais cláusulas do contrato de seguro mas apenas à cláusula a favor deste terceiro em concreto). De acordo com o critério de diferenciação acima exposto, dir-se-á que este é um caso em que o tomador-estipulante atribuiu ao terceiro um direito de crédito, em garantia da sua própria dívida, entendendo-se que o acto de prestar do segurador-promitente teve como principal atributário o banco-terceiro.¹⁵⁸⁰ Por conseguinte, parece que o segurador terá neste caso uma pretensão de enriquecimento sem causa contra o banco. Aquele é, na verdade, o único titular de uma pretensão contra o banco, visto que ao tomador, cuja atribuição se esgotara com a constituição do direito de crédito na esfera do banco, é absolutamente indiferente que o segurador tenha pago alguma coisa ao banco. A base legal da pretensão do segurador é o próprio art. 473.º CC.

¹⁵⁷⁸ Cfr. *supra* n. 1555.

¹⁵⁷⁹ Art. 570.º CC.

¹⁵⁸⁰ Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1570.

Finalmente, caso o promitente ignore sem culpa a substituição do terceiro beneficiário, cumprindo a prestação ao substituído – como será o caso se, num seguro de vida em caso de morte, das condições particulares constar o nome de um ou mais terceiros beneficiários ou, nada constando, se tiver feito aplicação da regra supletiva, mas houver uma designação beneficiária mais recente em testamento só posteriormente encontrado e apresentado ao segurador – este deverá considerar-se exonerado, ficando o estipulante (ou seus sucessores) e o(s) novo(s) terceiro(s) beneficiário(s) com o direito à restituição fundada em enriquecimento sem causa.¹⁵⁸¹

6.2.7. Em especial: o seguro de vida

6.2.7.1. Conceito e modalidades

Também um contrato de seguro pode celebrar-se a favor de terceiro. Disse há pouco que o contrato de seguro será a favor de terceiro, entre outros casos menos significativos, quer quando a própria cobertura protege directamente a esfera de um terceiro, isto é, quando pelo contrato se cobre um risco de terceiro, caso em que o terceiro ocupará a posição de segurado, quer quando ao terceiro cabe apenas o direito à indemnização, caso em que ocupará a posição de beneficiário.¹⁵⁸² Em qualquer dos casos, para que se trate de um contrato a favor de terceiro em sentido próprio, é necessário, claro, que as partes *tenham estipulado* um efeito jurídico positivo de terceiro. O que significa que é necessário

1581 Neste sentido, para o regime anterior, VAZ SERRA, *CFT*, pp. 101 n. 181; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 181 (ambos a propósito do seguro de vida). Actualmente, cfr. os arts. 103.º e 198.º/1 LCS. Deste último preceito resulta a possibilidade de substituição do beneficiário constante de testamento. O primeiro dispõe que o pagamento efectuado em prejuízo de direitos de terceiros de que o segurador tenha conhecimento não o libera do cumprimento da sua obrigação, desta regra se retirando, *a contrario*, que é liberatório o pagamento feito em prejuízo de direitos de terceiros que o segurador ignore sem culpa. Cfr. ainda o art. 3.º/2 do DL n.º 384/2007, de 19 de Novembro. Este preceito estabelece o «dever» do tomador-segurado de comunicar ao segurador a substituição do beneficiário. Contudo, o seu incumprimento não acarreta a invalidade ou sequer a ineficácia da substituição. Dir-se-á que se trata antes de um ónus que, se cumprido, impede o segurador de se prevalecer do regime da ignorância sem culpa.

1582 Veja-se, por exemplo, a análise do austríaco BAUERREIS, *Ansprüche Dritter*, pp. 257-258. O autor distingue as relações contratuais com terceiros de carácter primário e secundário, consoante a relação com pessoa distinta do «credor» e do «devedor» da relação obrigacional exista desde o princípio ou venha a constituir-se durante a vigência da relação obrigacional (já vimos que o terceiro é-o em relação ao contrato e não à obrigação). Sustenta que o seguro por conta de outrem constitui, no ordenamento austríaco, o único caso de uma relação de seguros de carácter primário. Cria-se relações de seguro de carácter secundário, segundo o autor, em três casos distintos: (a) com o credor hipotecário no seguro de incêndio; (b) com o terceiro lesado no seguro de responsabilidade civil; e (c) com o beneficiário num seguro de vida ou de acidentes pessoais (p. 258). Sobre o primeiro, cfr. pp. 258-269. Sobre o segundo, pp. 269-278. Sobre o terceiro, pp. 278-283.

que o efeito jurídico em causa fique na titularidade do terceiro. Que o terceiro passe a ser, por mero efeito do contrato, ainda que diferidamente, mas sem necessidade de aceitação, sujeito de uma qualquer situação jurídica activa.¹⁵⁸³ Naturalmente, sem com isso passar a ser (tratado como) parte no contrato.

A primeira espécie de contratos de seguro a favor de terceiro dá azo a grandes confusões, na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira, mormente em virtude da (co)existência da figura do seguro por conta de outrem.¹⁵⁸⁴ Mais à frente tratarei de distingui-las.¹⁵⁸⁵ Centro-me agora na segunda espécie de contratos de seguro a favor de terceiro, em que este é mero beneficiário do contrato. Chamar-lhes-ei os seguros a favor de terceiro de tipo A, por contraposição aos outros, que serão os seguros a favor de terceiro de tipo B. O seguro de vida fornece-nos o exemplo paradigmático dos seguros a favor de terceiro de tipo A. E dá-nos ainda a possibilidade de criar exemplos de contratos a favor de terceiro de tipo A + B. Que também analisarei em seguida, embora sem me deter, por ora, na figura do seguro por conta de outrem.

Em acréscimo, o seguro de vida oferece ainda exemplos demonstrativos de que *nem sempre* a existência de um terceiro dá azo a um contrato a favor de terceiro. É esse o caso do seguro sobre a vida de terceiro celebrado por conta (e «a favor») do próprio tomador, cujos principais exemplos são os de *key-person insurance*.¹⁵⁸⁶ Na verdade, a mera qualidade de pessoa segura não confere a quem a tem a titularidade de qualquer situação jurídica,

1583 No caso do seguro, está sempre em causa a criação de uma situação jurídica activa e nunca a eliminação de uma situação jurídica passiva ou a modificação de uma situação jurídica prévia ao contrato.

1584 MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 111 m. 48. O autor afirmava que, nos seguros de danos, o seguro a favor de terceiro é o seguro por conta de outrem – figura que coexiste com a do seguro por conta própria. No primeiro caso, ao terceiro beneficiário chama-se segurado (*Versicherte*). Já nos seguros de vida e de acidentes pessoais – continuava o autor – o terceiro a favor de quem o contrato é celebrado chamar-se-ia, simplesmente, beneficiário (*Bezugsberechtigter*). Embora os seguros de acidentes pessoais pudessem ainda ser celebrados por conta de outrem, caso em que, para além deste, temos ainda o segurado (*Versicherte*). Esta a explicação alemã clássica sobre os terceiros no domínio dos seguros. Cfr. ainda, neste sentido, embora mais sucintamente, os *Motive* da VVG, p. 72. Veremos, no correr deste estudo, que a esquematização não é inteiramente satisfatória.

1585 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2020.

1586 MÖLLER, *Rechte Dritter*, p. 18, observava que os seguros de vida e de acidentes pessoais podem celebrar-se sobre a pessoa de um terceiro sem por isso deixarem de ser celebrados por conta do tomador. Este terceiro não será titular de qualquer situação jurídica activa ou passiva no contrato de seguro: não será um terceiro beneficiário num contrato a favor de terceiro.

sendo somente indicativa de que se é *objecto* do seguro, e não *sujeito* do seguro, no que se desempenha um papel equivalente ao da coisa segura.¹⁵⁸⁷

«Nos seguros de pessoas, uma pessoa física pode ser objecto do risco, pode, portanto, ser "a coisa" com a qual uma pessoa "sujeito" pode ter uma relação económica e sobre a qual recai fisicamente o risco».¹⁵⁸⁸

Adiante analisarei em detalhe outra espécie de exemplos em que a referência contratual a um terceiro não determina a qualificação de um seguro como um contrato a favor de terceiro. São as situações em que o terceiro se limita a ser um destinatário da prestação sem qualquer direito próprio de exigi-la: um terceiro que não é, por conseguinte, um terceiro beneficiário. Veremos adiante que, pelo menos em teoria, isto pode acontecer mesmo ao terceiro-segurado: ao terceiro por conta de quem o contrato é celebrado.¹⁵⁸⁹

O contrato de seguro de vida incide sobre a vida de uma ou mais pessoas: as pessoas seguras. Há-os de várias espécies e são vários os critérios de distinção.¹⁵⁹⁰ Antes de mais,

1587 BAYER, *Einbeziehung*, p. 67, nota que o ser-se pessoa segura significa apenas, num seguro de vida, que a sua vida, não necessariamente o seu interesse, se encontra segura. Daí a designação alemã «pessoa do risco» (*Gefahrperson*). Eu preferiria não falar na pessoa que suporta o risco (*Risikoträger*). Porque aqui, precisamente, dá jeito poder distinguir entre os termos alemães *Risiko* e *Gefahr*. A pessoa segura será, quando muito, a pessoa em perigo (*Gefahrträger*). Mas o *Risikoträger* é sempre, em meu entender, o titular do interesse que é objecto do seguro. O autor observa que a distinção entre segurado e pessoa segura também tem aplicação nos demais seguros de pessoas, dando o exemplo do seguro de saúde em que são pessoas seguras os filhos menores do tomador, que, na falta de seguro, se padecerem de algum mal, não oneram o seu próprio património com as despesas dele resultantes mas antes o património do tomador (p. 68). Nesse sentido, também PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 178a p. 958 m. 5. Cfr. ainda EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 33, que notava que a pessoa segura, nos seguros de pessoas, não desempenha necessariamente uma função economicamente relevante, funcionando apenas como objecto do seguro. HÉMAR, *Assurances Terrestres I*, p. 81, observava, nesta linha, que o objecto do risco é a coisa ou pessoa segura. O objecto do risco é distinto do sujeito do risco e ainda do sujeito do juízo de risco. Este último será normalmente o tomador. O sujeito do risco é o segurado: o titular da cobertura. Ainda que a pessoa segura corra o risco de morte, não é, em rigor, esse o risco coberto pelo seguro, como no seguro de vida em caso de vida o risco seguro não é o risco de sobrevivência, mas sim, em ambos os casos, o risco de sofrer um prejuízo em razão da ocorrência do sinistro ou das consequências negativamente valoradas do sinistro. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 478, traduz bem a distinção, quando diz que o seguro de pessoas pode referir-se a um terceiro, sem que por isso este se torne segurado, dado ser apenas «quem, em geral, não tem relevância jurídica dentro da relação contratual, a não ser como objecto do interesse e do risco». No entanto, não é feliz na sua caracterização da pessoa segura como «o portador do risco». Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 56.

1588 DONATI, *Trattato II*, p. 63. Cfr. ainda *Trattato III*, pp. 585-615, em que o autor contrapõe, minuciosamente, as figuras do seguro sobre a vida de um terceiro e do seguro de vida por conta de um terceiro. Descreve a pessoa segura, nos seguros de pessoas, como o objecto do interesse exposto ao seguro, e não o respectivo sujeito, como a coisa nos seguros de danos (*maxime* p. 591).

1589 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2054.

1590 Vejam-se, entre outros, as classificações de DONATI, *Trattato III*, pp. 571-585; HOFMANN, *PVR*, pp. 323-327; KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 159» pp. 895-898 mm. 5-20;

temos a magna distinção entre as classes de *risco* e de *capitalização*. No início deste estudo, tive a oportunidade de esclarecer que, na sua forma pura, apenas os primeiros deverão considerar-se verdadeiros contratos de seguro, na medida em que, por via dos segundos, não seria coberto qualquer risco de seguro.¹⁵⁹¹ Podemos ainda distinguir entre os seguros de vida temporários e os seguros de vida inteira.¹⁵⁹² Mudando radicalmente de perspectiva, podemos distinguir entre os seguros em que o tomador segura a própria vida e aqueles em que segura a vida de um ou mais terceiros.¹⁵⁹³ Já regressarei a esta distinção. Podemos ainda classificá-los em função do risco que se segura: temos então os seguros de vida em caso de vida, ou seguros de sobrevivência, na terminologia legal, os seguros de vida em caso de morte, ou seguros de vida em sentido estrito, e os mistos.¹⁵⁹⁴ Os demais critérios serão porventura menos interessantes para o objecto deste estudo.¹⁵⁹⁵

Os seguros de vida em caso de vida são seguros «de sobrevivência» no sentido de que, tipicamente, o propósito destes seguros é prover ao sustento da própria pessoa segura – neste caso também qualificada como segurada – no caso de esta sobreviver além de uma determinada idade (ou além de um qualquer outro acontecimento: designadamente, a morte de outrem).¹⁵⁹⁶ O sinistro corresponde, portanto, à circunstância de a pessoa segura

HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, pp. 89-92; e MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 314-321. Os autores classificam os seguros de vida em função de vários critérios.

1591 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 359. No direito alemão, só excepcionalmente, e dentro de apertados limites, podem os seguradores contratar seguros de capitalização na sua forma pura. Cfr. § 7 II VAG. Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 159» p. 896 m. 11. O autor sublinha a enorme distância a que, neste domínio, o ordenamento alemão se encontra do ordenamento francês.

1592 A distinção entre os seguros de vida temporários (*term life insurance*) e os seguros de vida inteira (*whole life insurance*) é talvez a principal distinção na indústria seguradora anglo-americana, depois da que distingue entre os seguros de vida de risco e de capitalização – com a qual está, de certo modo, relacionada. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 30-35; e BAKER, *ILP*, pp. 218-219. Os autores notam que, no mercado, apenas os seguros de vida temporários são consistentemente comercializados como puros produtos de risco, sendo os seguros de vida inteira normalmente comercializados como figuras mistas com componentes de risco e de capitalização. Sobre a distinção no direito alemão, cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 159» p. 895 m. 8.

1593 Sobre esta distinção, veja-se, por exemplo, DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 186-188. No capítulo respeitante ao seguro de vida, os autores notam que o seguro poderá ser feito sobre a vida do próprio tomador ou sobre a vida de um terceiro. Na primeira modalidade, nomeadamente tratando-se de um seguro de vida em caso de morte, pode ser conferido a terceiro o direito à prestação. Dentro da última modalidade, distinguem as situações em que o seguro se celebra por conta própria, apesar de sobre a vida de um terceiro, das situações em que o seguro se celebra por conta desse terceiro. Nesse caso caberão em princípio ao terceiro outros direitos, para além do direito à prestação, por exemplo, o direito a designar e revogar a designação beneficiária.

1594 Cfr. os arts. 183.º, 198.º/3 e 199.º/1 e 2 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 455.º CCom.

1595 Para alguns outros critérios, vejam-se, por exemplo, KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 159» pp. 895-898 mm. 5-20; e MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 314-321.

1596 Cfr. *infra* n. 1599.

permanecer viva em determinada data, ou a partir de determinada data. Há várias modalidades, que não interessa aqui aprofundar.¹⁵⁹⁷ Nos seguros de vida em caso de vida, o tomador cumula muitas vezes as posições de pessoa segura, de segurado e de único beneficiário. Sempre que isso acontece não temos, portanto, um seguro a favor de terceiro. Já os seguros de vida em caso de morte são, tipicamente, seguros a favor de terceiro, pelo menos nos casos em que é pessoa segura o próprio tomador.¹⁵⁹⁸ Nestes seguros, tipicamente, provê-se ao sustento dos sobreviventes ao sinistro: a morte da pessoa segura. Também os há de várias modalidades.¹⁵⁹⁹ Por fim, os seguros mistos cumulam características dos seguros de vida em caso de vida e dos seguros de vida em caso de morte. Podem corresponder a seguros de risco ou de capitalização, consoante a prestação do segurador dependa, significativamente, do momento da morte da pessoa segura.¹⁶⁰⁰

Centrarei doravante a minha atenção naquele que foi desde o início um dos principais, senão mesmo o principal paradigma do contrato a favor de terceiro: o seguro de vida em caso de morte, ou seguro de vida em sentido estrito, em que é segurado e pessoa segura o próprio tomador do seguro.

Na verdade, foi em grande medida o desenvolvimento, e a proliferação, a partir de certa altura, na economia europeia, da figura do seguro de vida, que esteve na base da relativamente rápida evolução, na doutrina e jurisprudência, que levou a um

1597 MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 314-321, *maxime* p. 316. O autor subdivide da seguinte forma os seguros de vida em caso de vida: (i) seguros de capital diferido: o segurador paga uma certa quantia numa certa data se a pessoa segura ainda se mantiver viva (prestação *incertus an certus quando*); e (ii) seguros de rendas imediatas ou de rendas diferidas: o segurador compromete-se a pagar, de imediato ou a partir de certa altura, uma renda periódica, durante certo prazo ou, no caso da renda vitalícia, durante toda a vida da pessoa segura (a álea encontra-se *no quantum* da prestação).

1598 Já atrás se disse que, mesmo no caso de um seguro de vida em caso de morte em que é pessoa segura o próprio tomador, o seguro pode não ser a favor de terceiro, caso aquele morra sem ter feito qualquer designação beneficiária, não estipulando o contrato qualquer regra supletiva para o efeito. Cfr. *supra* o texto anterior à n. 1360.

1599 MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 314-321, *maxime* pp. 314-315. O autor subdivide da seguinte forma os seguros de vida em caso de morte: (i) seguros de vida inteira: terminam com a morte da pessoa segura (prestação *certus an e incertus quando*); (ii) seguros temporários: o segurador só paga se a morte ocorrer na vigência do contrato (prestação *incertus an e incertus quando*); (iii) seguros de sobrevivência (num sentido mais estrito do que agora usa a nossa lei): o segurador só paga se o beneficiário sobreviver à pessoa segura (prestação *incertus an e incertus quando*); e (iv) seguros a prazo fixo: o segurador paga uma certa quantia numa certa data, quer a pessoa segura já tenha morrido, quer ainda sobreviva (prestação *certus an e certus quando*); mas o prémio só é devido durante a vida da pessoa segura (a álea está *no quantum* desta contraprestação).

1600 Sobre os seguros de vida mistos, cfr., por todos, a análise recente de HASSE, *Gemischten Lebensversicherung*, pp. 1176-1191.

reconhecimento muito alargado da figura do contrato a favor de terceiro a partir de meados do séc. XIX.¹⁶⁰¹ Na feliz expressão de um autor, a influência deste tipo contratual no regime legal do contrato a favor de seguro foi de tal ordem que quase se perdeu de vista o significado «ecuménico» do contrato a favor de terceiro.¹⁶⁰² De entre todas as disposições legais sobre o contrato a favor de terceiro, sobressai um único preceito que se destina de forma directa a regular em especial o seguro de vida em caso de morte a favor de terceiro em que é pessoa segura o próprio tomador: o art. 451.º CC (promessa a cumprir depois da morte do estipulante).

Como nos demais contratos a favor de terceiro, também no seguro de vida a favor de terceiro assume alguma importância a determinação do momento em que se consolida o direito do terceiro beneficiário – neste caso, à prestação do segurador. A regra é distinta da dos demais contratos a favor de terceiro: estabeleceu-se a regra supletiva de que o terceiro beneficiário só adquire o direito ao benefício com a morte do estipulante – o tomador, segurado e pessoa segura.¹⁶⁰³

1601 Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 103-107; e *Einbeziehung*, p. 71. FLATTET, *CCA*, pp. 40 e 150-154, compara a estipulação a favor de terceiro ao contrato para pessoa a nomear. Este último seria muito mais perigoso para o promitente visto que, num certo sentido, a estipulação a favor de terceiro assemelhar-se-ia a um contrato parcialmente para pessoa a nomear. E no entanto esta figura nunca foi seriamente contestada. A sua utilidade prática afastou quaisquer possíveis escrúpulos da doutrina. O que faz pensar que a estipulação a favor de terceiro não responderia inicialmente a uma verdadeira necessidade económica ou social. Assim que esta surgiu – com o seguro de vida – triunfou sem mais hesitações. Cfr. ainda KÖTZ, *ECL*, p. 246; LARROUMET/MONDOLONI, *SPA*, p. 3; PALMER, *First Steps*, p. 16; e STEVENS, *Act*, p. 318. O mesmo aconteceu em Portugal. Cfr. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 52 e 91.

1602 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 15.

1603 Art. 451.º/1 CC. Este preceito não se aplica aos seguros de sobrevivência ou aos seguros por conta própria sobre a vida de um terceiro. Neste sentido, MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 368-369. Nos primeiros, porque a prestação não deve ser feita após a morte do estipulante. Cfr. ainda, neste sentido, o art. 199.º/1 e 2 LCS. Nos segundos, porque o contrato não é a favor de terceiro. Sobre estes, veja-se, para o regime anterior, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 107-108. O autor relatava o entendimento de que, num seguro de vida inicialmente celebrado a favor do próprio estipulante, podia mais tarde designar-se um terceiro como beneficiário, independentemente de qualquer cláusula contratual a estipular essa possibilidade. O autor observa que esta possibilidade era exclusiva dos seguros de vida, fundando-se no espírito de previdência que o anima, não sendo extensível à generalidade dos contratos a favor de terceiro. MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 348-349, propunha a determinação legal de uma presunção de que o seguro de vida era celebrado a favor de terceiro, o que conduziria a que, na falta de cláusula beneficiária originária, se entendesse, não havendo indicação em contrário, que o estipulante se reservara a faculdade de designar mais tarde um beneficiário. Inspirou-se no § 166 I VVG. Julgo, no entanto, que esta solução não carecia de determinação expressa na lei, podendo normalmente chegar-se ao mesmo resultado seguindo as regras de interpretação do contrato. Note-se que em nada era afastada pela presunção constante do art. 428.º/§ 2 CCom. O seguro de vida não é celebrado por conta do beneficiário mas sim por conta do segurado. Sobre o regime constante do § 166 I VVG, cfr. HOFMANN, *PVR*, p. 60; e JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1173. Os autores observam que este preceito derroga o regime geral do contrato a favor de terceiro, dado que, de acordo com este último, o benefício deve resultar do acordo das partes, enquanto que, no seguro de vida, pode resultar de declaração unilateral do tomador, mesmo

Pode naturalmente estipular-se no contrato de seguro, desde o início, ou mediante uma declaração posterior de renúncia do estipulante, a irrevogabilidade da designação do terceiro beneficiário.¹⁶⁰⁴ A irrevogabilidade será essencial nos casos em que o benefício do seguro é dado em garantia. Tendo sido estipulada a irrevogabilidade do direito ao benefício, deverá distinguir-se, antes de mais, consoante a prestação seja *certus* ou *incertus an*. Sendo certa – será esse o caso nos seguros de vida inteira – ninguém duvida de que o terceiro adquire logo um verdadeiro direito subjectivo.¹⁶⁰⁵ A certeza da prestação pode assegurar-se, antes de mais, porque, nada se dizendo em contrário, mesmo após a sua morte o direito à prestação do terceiro beneficiário perdura na pessoa dos seus herdeiros.¹⁶⁰⁶ A isto acresce que, para além da certeza de vir um dia a receber a prestação, o terceiro beneficiário pode ainda ser titular de um direito de resgate.¹⁶⁰⁷

Dependendo o direito do beneficiário à prestação da ocorrência de determinados factos, tais como a morte da pessoa segura no decurso da vigência do contrato – será esse o caso nos seguros temporários – ainda assim julgo poder afirmar que o terceiro beneficiário será titular de um direito subjectivo, mais precisamente, de um direito de crédito, ainda

que nada se diga a esse respeito no contrato. Actualmente, entre nós a questão já não gera dúvidas. Cfr. o disposto no art. 199.º/1 LCS.

1604 Cfr. os arts. 91.º/2, 108.º/3, 194.º/5, 199.º/1 e 2 e 204.º LCS. Necessário é que a irrevogabilidade ocorra ou se reflecta na relação de seguro. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 166 p. 919 m. 5, observa que de nada vale uma estipulação da irrevogabilidade do benefício constante de contrato celebrado entre o segurado e o beneficiário. Note-se ainda que a irrevogabilidade da designação beneficiária implica, salvo convenção em contrário, a renúncia do tomador aos direitos de resgate, de adiantamento e de redução (arts. 194.º/5 e 199.º/2 LCS). Para o direito espanhol, cfr. o art. 87 LCSES. Cfr. BOLDÓ, *Beneficiario*, pp. 302-303. A convenção em contrário fragiliza consideravelmente a posição do beneficiário, mas não a esvazia por completo, na medida em que, ficando o beneficiário impossibilitado de impedir a cessação do contrato, mantendo-se este, o segurado continua impedido de modificar ou revogar a designação beneficiária. Note-se que a renúncia do tomador aos direitos de resgate, de adiantamento e de redução não implica a sua transmissão ao beneficiário. Para que esta tenha lugar, esse efeito deverá encontrar-se estipulado no contrato.

1605 Sobre o funcionamento dos seguros de vida inteira, cfr. *supra* n. 1250.

1606 Art. 451.º/2 CC. Não fez vencimento a proposta de VAZ SERRA, *CFT*, p. 102. Sobre a diferença, quanto a este aspecto, entre os regimes supletivos nos direitos português e italiano, por um lado, e no direito alemão, por outro, cfr. BAYER, *Vgl. Dritter*, pp. 283-284. Cfr. o art. 1412 CCit e o § 331 BGB. Este último preceito não inclui a regra expressa dos outros dois ordenamentos, entendendo o autor que, nada se dizendo, a regra a seguir é a oposta.

1607 Cfr. o art. 194.º/5 LCS. A posição do terceiro beneficiário titular de um direito irrevogável ao benefício é um bem com um valor de mercado actual e autónomo transaccionável e transaccionado em certos mercados especializados. Cfr. o art. 196.º LCS. Cfr. *infra* n. 1672.

que condicional.¹⁶⁰⁸ O mesmo será dizer que, nesses casos, o terceiro é titular de uma expectativa jurídica – enquanto tal merecedora de tutela.¹⁶⁰⁹

Nos casos em que se aplica a regra supletiva, durante o tempo de revogabilidade da designação beneficiária não pode dizer-se que o terceiro seja titular de um direito à prestação, nem sequer intercalar, sob as vestes de uma expectativa, na medida em que a sua posição não beneficia de qualquer tutela jurídica.¹⁶¹⁰ O que não significa que este não venha a beneficiar, ainda que reflexamente, da tutela oferecida ao estipulante. Com efeito,

1608 HASSE, *Gemischten Lebensversicherung*, p. 1178, diz que é unânime, na doutrina, o entendimento de que, em caso de irrevogabilidade da designação beneficiária, num seguro de vida em caso de morte, o terceiro adquire de imediato um verdadeiro direito. MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 367-371, entende que a irrevogabilidade permite a qualificação da posição do terceiro beneficiário como um verdadeiro direito subjectivo, nos casos em que existe um valor de resgate. Não havendo um valor de resgate, o terceiro beneficiário seria ainda assim titular de uma expectativa «juridicamente relevante». Cfr. I. GALVÃO TELLES, *Expectativa Jurídica*, pp. 2-6. Para o autor, «[a] expectativa propriamente dita supõe que já começou a produzir-se o facto complexo, de formação sucessiva, donde há-de vir a resultar, quando concluído, um direito ou a sua atribuição a determinada pessoa; e que, nesse período de *pendência*, esta pessoa já goza de certa *protecção legal*» (p. 3). O autor afirma que uma das hipóteses características de expectativa jurídica é a dos negócios celebrados sob condição suspensiva (p. 4). Cfr. ainda RAQUEL REI, *Expectativa Jurídica*, pp. 149-180, *maxime* pp. 167-172. A autora acrescenta que a expectativa jurídica pode dar azo a um direito ou a outra situação jurídica activa (pp. 178-179). O que se diz dos negócios condicionais poderá dizer-se dos direitos ou outras situações jurídicas activas condicionais. Note-se, todavia, que a qualificação de determinada situação jurídica como uma expectativa jurídica nem sempre afasta a sua qualificação como um direito subjectivo – tratar-se-á, nesse caso, de um direito intercalar, na terminologia de MENEZES CORDEIRO, *Tratado I-I*, pp. 347-349. Esse direito será intercalar por referência a um direito em formação, que justifica a designação do primeiro como uma expectativa, sempre que seja encarado sob esse prisma. No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria III*, p. 87. A posição contrária é defendida por RAQUEL REI (pp. 154, 176 e 178). MENEZES CORDEIRO julga difícil estabilizar a terminologia, em virtude do «individualismo de muitos autores» (p. 349).

1609 Cfr. *supra* n. 1608. WINTER, *Rechte Dritter*, pp. 39-44, qualificava a situação do terceiro como uma expectativa «juridicamente relevante». Para BAYER, *Vz Dritter*, p. 226, na medida em que as partes não podem voltar atrás – não é delas que depende a verificação da condição – o terceiro é nestes casos titular de uma expectativa, com um valor autónomo, de que pode dispor. No mesmo sentido, RAQUEL REI, *Expectativa Jurídica*, p. 153. A autora sustenta que o que caracteriza a expectativa jurídica, separando-a da expectativa de facto, é a ausência de «disponibilidade ou de liberdade dos envolvidos em relação à eventual efectivação do direito do expectante». A incerteza que caracteriza a expectativa jurídica «não se relaciona com a autonomia dos indivíduos de quererem ou não quererem o direito».

1610 WINTER, *Rechte Dritter*, pp. 39-44, distingue consoante o tomador mantenha ou não o direito de revogar o direito do terceiro beneficiário. Sustenta que, enquanto existe o direito de revogar o benefício, o terceiro não é titular de um verdadeiro direito mas apenas de uma expectativa jurídica fraca (*eine recht schwache Anwartschaft*). Apenas adquire o direito à indemnização com a ocorrência do sinistro. HOFFMANN, *Vz Dritter*, p. 179, defende que, num seguro de vida, durante a vida da pessoa segura, o beneficiário não é titular de mais do que um futuro herdeiro, não tendo qualquer direito, ou sequer expectativa jurídica, mas apenas uma esperança juridicamente insignificante (*eine juristisch belanglose Hoffnung*). No mesmo sentido, cfr. J. v. GIERKE, *VR II*, p. 347. O autor afirma que o beneficiário não é titular de um direito, mas apenas de uma expectativa muito frágil, que se traduz numa mera esperança. «Não pode avaliar-se, transmitir-se, *inter vivos* ou *mortis causa*, não pode empenhar-se ou ser penhorada.» Cfr. ainda BAYER, *Vz Dritter*, p. 230, que fala na «chance de uma aquisição futura» (cfr. ainda a p. 226). HASSE, *Gemischten Lebensversicherung*, p. 1178, faz referência a «uma esperança de facto juridicamente insubstancial». No mesmo sentido, KOLLHOSSER em

ao contrário do que se passa no direito alemão, no nosso ordenamento só ao estipulante se reconhece a faculdade de dispor do direito à prestação, ou de autorizar qualquer modificação do seu objecto, encontrando-se a prestação propriamente dita a salvo das investidas dos credores e herdeiros do estipulante, que na melhor das hipóteses apenas podem atacar os prémios pagos pelo tomador.¹⁶¹¹ O que significa que, mesmo nestes casos, o direito do terceiro nunca chega a integrar o património do estipulante – este, e os seus herdeiros, no caso do seguro de vida em caso de morte do próprio tomador, têm apenas o direito de exigir que a prestação se faça ao terceiro, direito esse que de nada aproveita aos seus credores ou herdeiros.¹⁶¹²

A lei dispõe, injuntivamente, que o direito de revogar ou modificar o benefício ou de substituir a pessoa do beneficiário cessa, se até lá se tiver mantido, no momento em que o beneficiário adquire o direito de exigir o pagamento do capital seguro.¹⁶¹³ De acordo com a regra supletiva, vimos que o terceiro adquire o seu direito ao benefício apenas com a morte do tomador (na sua qualidade de pessoa segura). Contudo, quer este tenha adquirido o seu direito ao benefício apenas nesse momento, quer as partes tenham afastado a regra supletiva, tendo o terceiro adquirido o seu direito ao benefício em momento anterior, em qualquer desses casos o terceiro só adquire o direito de exigir o

PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 166 p. 919 m. 4. Cfr. ainda HARDER, *Zuwendungen*, p. 125, que sublinha a sua total desprotecção jurídica. Entre nós, veja-se MOUTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 367-371. LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 147-148 e 163-166, qualifica a posição do terceiro beneficiário correspondente à regra supletiva – de revogabilidade até ao momento da morte – como uma expectativa, equiparando-a à posição do herdeiro designado em testamento, relativamente à herança. Acrescenta que, nesse caso, o direito ao benefício não se encontra, no entanto, na esfera jurídica do estipulante, sendo desde logo adquirido pelo terceiro beneficiário, mas tratando-se antes de um direito suspenso até à morte do estipulante. É certo que, mesmo neste caso, é de natureza originária a aquisição do direito pelo terceiro, aquando da ocorrência do sinistro. Já vimos que este entendimento é pacífico, salvo entre a doutrina alemã. Cfr. *supra* n. 1325. BAYER, *VZ Dritter*, pp. 230-232, afirma que, de acordo com a doutrina dominante, que segue, até ao momento da morte do estipulante tomador não existe, entre o promitente segurador e o terceiro, qualquer relação jurídica, formando-se esta unicamente entre o promitente segurador e o estipulante tomador. O autor conclui pela ocorrência de uma aquisição intermédia do direito pelo estipulante tomador, e pela consequente natureza derivada da subsequente aquisição do direito pelo terceiro.

1611 Cfr. os arts. 446.º/1 e 450.º/1 CC e o art. 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 460.º CCom. Sobre a situação distinta no direito alemão, cfr. *supra* n. 1326.

1612 A regra de que os herdeiros do estipulante podem exigir o cumprimento da prestação do promitente ao terceiro infere-se do disposto no art. 446.º/2 CC. Na sua letra, este preceito menciona apenas o seu direito de exigir uma indemnização em caso de impossibilidade de prestação imputável ao promitente. Mas parece evidente que, se têm esse direito secundário, por maioria de razão também terão o direito primário de exigir a prestação – não para si próprios, naturalmente, mas para o terceiro.

1613 Cfr. o disposto no art. 199.º/3 LCS. Anteriormente, esta regra constava do art. 25.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Cfr. *infra* nn. 1620-1624.

pagamento do capital seguro após a ocorrência do sinistro, dado que só nessa altura ou a partir dessa altura a obrigação se vence e a prestação pode ser exigida. Esta regra seria supérflua, não fora a possibilidade de o titular do direito de revogação ou alteração ser distinto da pessoa segura, e não fora a natureza supletiva da regra de que só o estipulante pode dispor do direito à prestação ou autorizar qualquer modificação ao seu objecto.¹⁶¹⁴

Num seguro a favor de terceiro, a designação do terceiro beneficiário é normalmente um direito estritamente pessoal do estipulante – o tomador.¹⁶¹⁵ Mas nem sempre o direito de designar o terceiro beneficiário caberá ao tomador.¹⁶¹⁶ Não obstante o disposto na lei, que estabeleceu a regra de que, salvo convenção em contrário, nos seguros de pessoas é à pessoa segura que cabe designar o beneficiário, quem normalmente se define pelo direito de designar o terceiro beneficiário é o segurado. Não há aqui qualquer contradição: a preocupação que subjaz à lei é a de estabelecer o melhor regime supletivo. Nesse sentido, é natural que, nada se dizendo, se disponha que o segurado é a própria pessoa segura. As partes são livres de dispor em sentido distinto. Uma vez identificada a pessoa a quem foi atribuído o direito de designar o beneficiário, essa pessoa deverá qualificar-se, com toda a probabilidade, como o segurado.¹⁶¹⁷

O segurado pode designar como beneficiário uma qualquer pessoa, quer a título de liberalidade, porque tipicamente se preocupa com a sua subsistência e qualidade de vida após a sua própria morte, quer a outro título, designadamente funcionando o seguro como garantia a um seu credor.¹⁶¹⁸ A designação, bem como a sua alteração ou revogação, fazem-se mediante declaração.¹⁶¹⁹ Neste ponto é importante salientar que, ao contrário do

1614 Cfr. o art. 446.º/1 CC e o art. 198.º/1 LCS.

1615 Cfr. o art. 198.º/1 LCS. Neste sentido, LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 752-754; ou HALPERIN/MORANDI, *Seguros II*, pp. 748 e 753. O mesmo vale para a alteração ou revogação da designação. Os autores afirmam que este é um acto pessoalíssimo, análogo às disposições de última vontade, que por isso requer poderes especiais para ser executado por representante.

1616 Cfr. o art. 81.º LCS.

1617 Cfr. o texto *supra* a partir da n. 51 e *infra* a partir da n. 1628. Em rigor, pode não caber esse direito ao segurado, desde que seja ele a pessoa relevante para a determinação da identidade do beneficiário, de acordo com as regras estipuladas no contrato. Cfr. *infra* n. 1647.

1618 Cfr. MOUTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 362-366. O autor também esclarece que, se a designação do terceiro for feita a título de liberalidade, não se aplicam, naturalmente, ao seguro de vida as disposições proibitivas das doações *mortis causa* – ou das doações entre cônjuges com regime imperativo de separação de bens (arts. 946.º e 1762.º CC). A atribuição gratuita por contrato a favor de terceiro com prestação a ter lugar após a morte do estipulante é um negócio *inter vivos* em sentido formal e material. Neste sentido, BAYER, *Vz. Dritter*, pp. 289-303.

1619 Cfr. BOLDÓ, *Beneficiario*, pp. 79-87. A autora observa que se trata de uma declaração unilateral, ainda que conste da apólice, e de um acto *inter vivos*, ainda que conste de testamento. No nosso regime geral

que poderia esperar-se, esta declaração, não obstante conter necessariamente instruções dirigidas à contraparte num contrato – neste caso o segurador – bem como aos visados, que nela fundam a constituição da sua pretensão, *não é receptícia*.¹⁶²⁰ A lei actual não é inteiramente clara nesse sentido, ao dispor que a designação pode ser feita «na apólice, em declaração escrita posterior recebida pelo segurador ou em testamento».¹⁶²¹ Mas deve entender-se que a referência à recepção não respeita ao momento da sua produção de efeitos.¹⁶²² As declarações escritas posteriores do segurado devem apenas ser dirigidas ao segurador – sendo obviamente conveniente que este venha a recebê-las, sob pena de vir a pagar o benefício a pessoa distinta. Tais declarações, de designação, alteração ou revogação do benefício, constando ou não de testamento, são sempre eficazes no momento em que são emitidas pelo segurado.¹⁶²³ Não se aplica a estas declarações, por

do contrato a favor de terceiro, não é claro se, ante a rejeição do benefício pelo terceiro, o estipulante tem a faculdade de designar novo beneficiário. Contudo, no que aos seguros de vida e de acidentes pessoais diz respeito, a resposta a essa questão é afirmativa. Cfr. o disposto nos arts. 199.º/1 e 211.º/1 LCS. O primeiro preceito deixa claro que quem designa o beneficiário tem também o direito de alterar ou revogar a cláusula beneficiária. Nesse sentido, para o direito alemão, BAYER, *Vz Dritter*, p. 225. Cfr. o § 168 VVG. Em Itália, a regra geral é a de que, em caso de revogação ou de rejeição do benefício pelo terceiro, a prestação permanece em benefício do estipulante, salvo disposição das partes em contrário ou se solução distinta resultar da natureza do contrato. Cfr. o art. 1411/4 CCit.

1620 Neste sentido, para o regime anterior, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 108.

1621 Art. 198.º/1 LCS.

1622 Cfr. ainda o disposto no art. 3.º/2 do DL n.º 384/2007, de 19 de Novembro. Este preceito estabelece o «dever» do tomador-segurado de comunicar ao segurador a substituição do beneficiário. Contudo, o seu incumprimento não acarreta a invalidade ou sequer a ineficácia da substituição. Dir-se-á que se trata antes de um ónus que, se cumprido, impede o segurador de se prevalecer do regime da ignorância sem culpa.

1623 A lei é omissa no que respeita ao momento a que deverá reportar-se a produção de efeitos da declaração. Na vigência do regime anterior, LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 142, entendia que a designação posterior à celebração do contrato tem em qualquer caso efeito retroactivo à data da sua celebração. Afirmava que o regime dos contratos para pessoa a nomear dá algum apoio a esta conclusão, por analogia. Não vejo como. Nesse contrato nomeia-se uma parte e não um terceiro beneficiário. Julgo, pelo contrário, que a retroactividade da designação terá de decorrer do contrato, pois, na falta de disposição das partes em contrário, a retroactividade não poderá retirar-se de uma regra como a do art. 451.º/1 CC. A questão tem importância prática em matéria de aplicação das regras relativas à colação, imputação e redução das doações e impugnação pauliana aos prémios pagos pelo tomador. Cfr. HALPERIN/MORANDI, *Seguros II*, pp. 760-761. A propósito do regime de alteração do beneficiário, veja-se a discussão em CRAWFORD, *LHIL*, pp. 213-215; e MCGANN, *LHIL*, pp. 207-208. As autoras referem-se à *doctrine of substantial compliance*, maioritariamente seguida pelos tribunais dos EUA. Não se trata aqui de saber se a declaração de alteração é ou não receptícia, mas antes de resolver os problemas causados pela morte do segurado/pessoa segura numa altura em que o processo conducente à alteração da designação beneficiária concretamente estipulado no contrato se encontra iniciado mas ainda não foi concluído – designadamente, por a declaração ter sido preenchida e enviada mas não ter sido recebida ou por faltar a emissão da respectiva acta adicional. Os tribunais têm entendido que a alteração deve considerar-se efectuada quando o segurado fez o que podia nesse sentido, sendo de esperar que o processo se concluísse, não fora a sua morte. Deixam bem clara a convicção de que deve respeitar-se, sempre que possível, a vontade conhecida do segurado. A mesma ordem de ideias leva a rejeitar uma interpretação da lei que leve à conclusão de serem ineficazes as declarações emitidas mas não recebidas pelo segurador antes da morte do segurado.

consequente, a regra constante da primeira parte mas sim a da segunda parte do art. 224.º/1 CC.¹⁶²⁴

A lei dá alguma margem de manobra às partes para configurarem como melhor lhes aprouver os seus contratos de seguro de vida.¹⁶²⁵ Mesmo continuando a pensar apenas no seguro de vida em sentido estrito, isto é, o seguro de vida em caso de morte, as possibilidades ao seu dispor são as mais diversas e variadas.¹⁶²⁶

6.2.7.2. Os vários sujeitos: cinco hipóteses e duas fórmulas para a identificação do segurado

Vejamos cinco hipóteses de configurações possíveis de seguros de vida em sentido estrito, em função da coincidência ou separação dos sujeitos que desempenham os papéis de tomador, segurado, pessoa segura e beneficiário, sem pretensões de exaustividade das configurações teoricamente possíveis num seguro de vida a favor de terceiro, mas com vista, simplesmente, a melhor ilustrar o significado exacto de cada uma destas qualidades dos vários sujeitos numa relação de seguro, neste caso de vida.

1624 Na Alemanha, BAYER, *Einbeziehung*, pp. 70-71, observa que a declaração é em regra receptícia nos contratos a favor de terceiro, mas que isso já não acontece se se tratar de um seguro de vida. Analisa a hipótese de a pessoa segura morrer depois do envio da declaração de revogação da designação beneficiária mas antes da sua recepção pelo segurador. Parte do princípio de que, em conformidade com o regime legal do contrato a favor de terceiro, a declaração do segurado seria uma declaração receptícia. Cfr. ainda o seu *Vz. Dritter*, pp. 250-255. Entende, contrariamente a grande parte da doutrina e da jurisprudência, que a solução não pode ser essa no domínio dos seguros de vida. Designadamente, por não encontrar qualquer justificação válida para desrespeitar a última vontade da pessoa segura. Considera eficaz a revogação, quer neste caso, quer no caso de uma disposição testamentária que só mais tarde venha a ser do conhecimento do segurador. Note-se que, entre nós, este problema não se resolveria com o disposto no art. 226.º/1 CC. É certo que a declaração não caduca com a morte do segurado. O problema está na regra que consta do art. 199.º/3 LCS, e constava anteriormente do art. 25.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Adquirindo o beneficiário o direito com a morte do segurado/pessoa segura, e deixando nesse momento de poder revogar-se o seu direito, se a declaração do segurado/pessoa segura fosse receptícia, chegaria ao destinatário demasiado tarde, numa altura em que já não poderia ser eficaz. Só assim não será se se aplicar a esta declaração a regra própria das declarações não receptícias, constante da segunda parte do art. 224.º/1 CC.

1625 Também assim era na vigência do regime anterior: o art. 456.º CCom permitia o seguro da própria vida do tomador ou da de um terceiro cuja vida o tomador tivesse interesse em segurar. Mas na verdade podemos ainda interpor entre tomador e pessoa segura a figura do segurado. A lei actual é um pouco mais clara a este respeito. Cfr., por exemplo, o disposto no art. 196.º LCS. Sobre isto, cfr. o texto *supra* a partir da n. 51 e *infra* a partir da n. 1628.

1626 Cfr. as hipóteses divisadas por FANELLI, *Assicurazioni*, p. 423, que no entanto parte dos conceitos de contraente, de «segurado» – eu diria pessoa segura – e de beneficiário. O autor afirma que, nos seguro de vida, pode um primeiro sujeito celebrar um seguro sobre a cabeça de um segundo sujeito e a favor de um terceiro, que quaisquer duas destas posições poderão coincidir num mesmo sujeito, apenas se destacando uma terceira, e que poderão coincidir todas estas posições na pessoa de um único sujeito.

1. Uma única pessoa pode desempenhar os papéis de tomador, de segurado e de pessoa segura, sendo o beneficiário um terceiro. É o caso mais simples e comum. Imaginemos um progenitor que, preocupado com a família, segura a sua própria vida em benefício do seu cônjuge e descendência. É ele quem celebra o contrato: é ele o tomador. O seguro é feito sobre a sua própria vida: é ele a pessoa segura. Também lhe cabe o direito de designar o(s) terceiro(s) beneficiário(s): é ele o segurado. Os beneficiários são terceiros: o cônjuge e descendentes. Trata-se de um seguro a favor de terceiro de tipo A.

2. Podem coincidir numa única pessoa as qualidades de tomador, de segurado e de beneficiário, mas não a de pessoa segura. É este o caso, designadamente, em todos os exemplos de *key-person insurance*.¹⁶²⁷ É a entidade empregadora quem celebra o contrato: é

1627 Já vimos que o seguro do futebolista pelo respectivo clube é um exemplo desta espécie de seguros. Também é esse o caso do produtor de cinema que se segura contra os prejuízos decorrentes da morte de uma das suas estrelas. O exemplo é dado por KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 179 p. 1008 m. 8. Sobre as particularidades do chamado *cast insurance*, cfr. HUBBART, *Insurance and Motion Pictures*, pp. 267-304. A autora conta que, desde os anos 30 do séc. XX, o *cast insurance* tem vindo a ganhar um peso crescente na indústria cinematográfica, podendo hoje em dia dizer-se que, até certo ponto, é a indústria seguradora que decide que projectos se fazem e que projectos não se fazem, uma vez que os produtores se recusam a avançar com um projecto se não conseguirem esta cobertura (p. 268 n. 3). O *cast insurance* é normalmente uma de várias coberturas numa *entertainment package policy* (pp. 273-274). A base de análise deste artigo são as acções em sub-rogação propostas pelos seguradores contra a herança jacente do conhecido actor River Phoenix, em 1994 (p. 268 n. 5). CLARKE, *Policies*, p. 30, observa que, em teoria, o direito não encara com bons olhos este género de seguros de vida, designadamente por falta de *insurable interest* – este requisito apresenta contornos particularmente apertados no direito inglês. Acrescenta, contudo, que mesmo nos casos em que a lei não admite, em teoria, que se segure a vida de algumas pessoas, tais como estrelas de cinema ou futebolistas conhecidos, essa proibição é facilmente torneada, designadamente segurando-se contra as consequências danosas da sua morte por via de um seguro de interrupção de laboração. Dá o exemplo da morte do actor Oliver Reed durante as filmagens do filme *Gladiator* (2000). Informa que os futebolistas são geralmente seguros pelos respectivos clubes – normalmente pelo seu valor no mercado de transferências. Argumenta que a celebração destes seguros não viola quaisquer princípios morais ou de ordem pública, na medida em que, em todos os casos, se trata de seguros de danos, e não de capitais. O autor faz notar que, em muitos sectores de actividade, os bens mais valiosos são precisamente as suas pessoas – não só as estrelas de cinema e do futebol e os grandes administradores de empresas, como toda a espécie de trabalhadores vitais em vários patamares da hierarquia empresarial. Essas pessoas seguram-se de acordo com estimativas do seu valor para a empresa, normalmente calculado de acordo com uma previsão dos lucros cessantes na eventualidade da sua morte ou incapacidade para o trabalho. Para satisfazer tais necessidades, diz o autor que a indústria seguradora britânica alargou as fronteiras do direito dos seguros, e chegou, em certos casos, a atravessar essas fronteiras, designadamente ao qualificar estes prejuízos como danos de interrupção da laboração, assim fugindo ao domínio dos seguros de vida. «E porque não? Em todos esses casos, os montantes recebidos baseiam-se, ou em verdadeiras estimativas, ou mesmo na demonstração dos prejuízos efectivamente sofridos pelo empregador. Ao respeitar-se o princípio indemnizatório, respeitam-se, ao mesmo tempo, as preocupações subjacentes de ordem pública.» Quanto ao *cast insurance*, note-se que este não é específico dos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana. Cfr. as páginas dedicadas às várias modalidades de «seguros cinematográficos» em DONATI, *Trattato III*, pp. 227-252, *maxime* p. 232. Entre elas sobressai a *assicurazione contro l'interruzione della lavorazione*. O autor nota que é controversa a classificação deste seguro. Em seu entender, deverá qualificar-se como um seguro de coisas, na modalidade de seguro de bens imateriais, e não como um seguro de pessoas, por

ela a tomadora. É o seu risco que é coberto: é ela a segurada. Será também a beneficiária, se se tratar de um seguro capitais, mas pode o seguro ter sido configurado como um seguro de danos, caso em que não existiria a figura do beneficiário.¹⁶²⁸ A pessoa segura é um terceiro: o trabalhador. Este, nessa qualidade, terá apenas de dar o seu consentimento à celebração do contrato.¹⁶²⁹ Como vimos acima, este não é um seguro a favor de terceiro.

3. Pode uma única pessoa desempenhar os papéis de tomador e de pessoa segura, mas não os de segurado ou de beneficiário. Esta possibilidade será menos frequente. Imaginemos que, em lugar de um típico *cast insurance*, era a própria estrela de cinema a celebrar o contrato de seguro por conta da produção do filme que pretendia rodar.¹⁶³⁰ Seria também este o caso, por hipótese, de um tomador garante de empréstimo contraído por outrem – o segurado – que subscrevesse um seguro sobre a própria vida com vista a permitir que esse outrem o usasse como garantia do empréstimo do segurado, conferindo a este último o direito de designar e de substituir o terceiro beneficiário, por exemplo, se pretendesse usar o seguro como garantia para um outro empréstimo, obrigando-se a garantir esse ou outros créditos de terceiros sobre o segurado, num dado período de tempo. O beneficiário será aqui o credor. Uma vez que são terceiros, e terceiros distintos, quer o segurado, quer o beneficiário, este é um contrato a favor de terceiro de tipo A + B.

4. Podem coincidir numa única pessoa as qualidades de segurado e de pessoa segura, e pertencerem a terceiros as de tomador e de beneficiário. Pense-se no caso de um empregador que celebra um contrato de seguro de grupo sobre a vida dos seus trabalhadores, conferindo-lhes o direito de designar os respectivos beneficiários, ou definindo regras para a determinação do beneficiário baseadas nas pessoas dos

se proteger a produção de um filme, e não as pessoas. Não o sigo nesta classificação.

1628 Vimos acima que o beneficiário é uma figura própria dos seguros de capitais. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 69.

1629 Se a pessoa segura for distinta do tomador e tão-pouco for beneficiária do seguro deverá prestar o seu consentimento à sua celebração. Cfr. o art. 43.º/3 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 11.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Sobre o consentimento da pessoa segura, cfr. *infra* o texto a partir da n. 1696.

1630 No caso dos actores de cinema, uma circunstância que poderá levar a esta situação é o elevado montante dos prémios pedidos pelos seguradores para a cobertura desse risco – devido a certos comportamentos de risco – caso em que os produtores poderão exigir que sejam os próprios a celebrar o seguro por conta da produção. Neste sentido, HUBBART, *Insurance and Motion Pictures*, pp. 271.

trabalhadores.¹⁶³¹ O tomador é o empregador. Cada trabalhador será pessoa segura, dado que é a sua vida que se segura, e segurado, porque lhe cabe o direito de designar o terceiro beneficiário ou é a partir dele que se identifica(m) o(s) beneficiário(s). Este papel será tipicamente ocupado, neste caso, pelos familiares mais próximos do trabalhador. Essa costuma também corresponder à regra supletivamente estipulada em tais contratos. Este também é um contrato a favor de terceiro de tipo A + B.

5. Podem corresponder a três pessoas distintas as figuras do tomador, do segurado e da pessoa segura, coincidindo o beneficiário na pessoa do segurado. Será esse o caso do amigo abastado que oferece a um seu amigo, pecuniariamente mais desafortunado, um seguro sobre a vida a que este último dê maior importância. O primeiro, na qualidade de tomador, celebra por conta do segundo o contrato com o segurador, concedendo ao segundo o direito de seleccionar a pessoa segura, e indicando-o como beneficiário. O segundo indica um terceiro como pessoa segura – por exemplo, a sua mãe, que consente. Uma vez que o segundo amigo é aqui, simultaneamente, segurado e beneficiário, na minha classificação a primeira qualidade consome a segunda, tratando-se este contrato de um seguro a favor de terceiro de tipo B.

Em todos estes exemplos, não carecem de especiais explicações as figuras do tomador, que é naturalmente o contraente, da pessoa segura, cuja morte constitui o sinistro, e do beneficiário, titular do direito à indemnização. Mais complexa se mostra a figura do *segurado*.

Na doutrina de expressão portuguesa, como na restante doutrina, muitos são os autores que não distinguem as figuras do segurado e da pessoa segura.¹⁶³² Julgo que isto se passa devido a uma confusão entre os conceitos de risco primário e de risco seguro.¹⁶³³ Atente-se na seguinte afirmação:

1631 Sobre os seguros de grupo, cfr. *infra* n. 2152. Veremos então que nem sempre, no domínio dos seguros de vida, o subscritor de um seguro colectivo será o tomador de um único contrato de seguro de grupo, ocorrendo com maior frequência o caso de serem os próprios participantes segurados os tomadores dos seus próprios contratos individuais de seguro.

1632 Em rigor, que não as distinguem nos seguros de pessoas, visto que a figura do segurado é comum a todos os seguros e a da pessoa segura só existe nos seguros de pessoas. Veja-se, em especial, a definição anteriormente apresentada na nossa lei e a doutrina que o seguia. Sobre a distinção entre a pessoa segura e o segurado, cfr. o que se disse *supra* o texto a partir da n. 51 e ainda a n. 1587.

1633 Sobre estes, cfr. *supra* o texto junto à n. 61.

«[É] conveniente distinguir o "segurado", a pessoa exposta ao risco, e o "tomador", quem assina a apólice e paga os prémios.»¹⁶³⁴

Pensar-se-ia que, num seguro de pessoas, como, por exemplo, o seguro de vida, a pessoa exposta ao risco seria a pessoa cuja vida se segura, que será também o segurado, pelo que a distinção seria despicienda. Mas não é assim. A pessoa cuja vida se segura é o sujeito do risco primário: o risco de morte. É este o evento que está na base do seguro. No entanto, não é este o risco seguro. O risco seguro diz respeito, neste como em qualquer outro contrato de seguro, às consequências potencialmente negativas do sinistro – a morte da pessoa segura. Neste sentido, quem corre o risco é a mesma pessoa a quem se reconhece uma necessidade – a necessidade de previdência.¹⁶³⁵ É aquele cuja esfera o seguro visa proteger: o segurado. Por isso digo que, para efeitos do contrato de seguro, é o segurado o *sujeito* do risco (seguro), enquanto a pessoa segura funciona apenas como *objecto* com o qual o sujeito do risco economicamente se relaciona – à semelhança da coisa segura.¹⁶³⁶ Dizer que a pessoa segura é quem suporta o risco seguro seria o mesmo que dizer que é a coisa segura que suporta o risco de deterioração ou perecimento coberto por um seguro de coisas.¹⁶³⁷

Se dúvidas restassem, creio que os cinco exemplos acima dados ajudam a perceber como são distintos os seus papéis. A pessoa segura, em rigor, não desempenha papel algum, na sua qualidade de mero objecto no seguro.¹⁶³⁸ Pessoa segura é aquela cuja vida se segura. Ou seja, no que respeita ao seguro de vida em caso de morte, é aquela cuja morte torna exigível a prestação do segurador. A sua morte é o evento incerto – em rigor: *certus* ou

1634 COUILBAULT/ELIASBERG/LATRASSE, *Grands Principes*, p. 43. Cfr. ainda *supra* n. 1588, a caracterização da pessoa segura como o «portador do risco», que faz DONATI, *Trattato III*, p. 591. O autor nota bem que o seu papel é equivalente ao da coisa segura, mas não escapa ao uso deste género de afirmações perigosas.

1635 DONATI, *Trattato II*, p. 62. Como vimos, na perspectiva do segurado que contempla o risco de um impacto económico negativo, o sofrimento, de que ele pretende libertar-se contratando o seguro, sente-se por antecipação, na medida em que, como não poderia deixar de ser, depois de morto, cessará qualquer sofrimento deste segurado. Trata-se da necessidade de previdência. Cfr. *supra* nn. 329 e 815 e o texto junto à n. 1182. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1952.

1636 Pense-se no exemplo do chamado *cast insurance* da indústria filmográfica. Cfr. *supra* nn. 58 e 1627. Como então se disse, o *cast insurance* aplica-se, indistintamente, a actores humanos e não-humanos.

1637 No domínio dos seguros de coisas, todos compreendemos o que quer dizer-se quando se diz, como VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 142, que «[o] interesse relevante, no direito dos seguros, vem a consistir na relação económica existente entre um sujeito e um bem exposto ao risco». Cfr. ainda, sobre o interesse, pp. 131-137 e 141-145. Diz-se, por simplificação, que o bem se expõe ao risco, mas o risco seguro é sempre o de uma pessoa: quem corre riscos são as pessoas e não os bens.

1638 Cfr. *supra* n. 1587.

incertus an mas sempre *incertus quando* – que nos permite falar da existência de um risco. No entanto – e é neste ponto que se instala normalmente a confusão – não é o risco de morte da pessoa segura que se segura: o titular do risco seguro, nos termos do contrato, é sempre o segurado.

É o segurado o titular do risco – e por conseguinte é este, na generalidade dos casos, o titular da cobertura: quem poderá chamar-se o senhor da cobertura.¹⁶³⁹ Neste ponto, convém recordar o binómio possibilidade + desvalor.¹⁶⁴⁰ Se contrato um seguro sobre a vida do papa, este seguro é nulo, por falta de um ingrediente essencial que é o impacto: a sobrevivência do papa é incerta – é uma mera possibilidade – mas, como não me causa impacto económico, o seu risco (primário) de morte não se traduz num risco (de seguro) meu.¹⁶⁴¹ Por outras palavras, a sua morte não geraria qualquer necessidade na minha esfera susceptível de ser satisfeita com a prestação do segurador. Regressando a um dos exemplos acima dados, o verdadeiro objecto de um *key-person insurance* não é o risco de morte do «elemento-chave» mas sim o risco de dano que essa morte causaria ao respectivo empregador. Fora do contrato, é sempre ao segurado, e não à pessoa segura, que devemos exigir o interesse cuja falta gera nulidade ou caducidade do contrato.¹⁶⁴²

A definição mais comum da figura do segurado é a de que este é o titular do interesse seguro, ou antes a pessoa no interesse de quem o seguro é celebrado. Já acima afirmei que esta definição é de rejeitar.¹⁶⁴³ Com efeito, não podemos, por um lado, sustentar que o segurado é o titular do interesse seguro se, por outro, a lei dispõe que, não tendo o segurado interesse no seguro, este será nulo.¹⁶⁴⁴ Esta última asserção está correcta, na medida em que corresponde a uma descrição fiel do nosso direito constituído.¹⁶⁴⁵ Logo, a

1639 É vulgar encontrar afirmações de defensores da teoria da suportação do risco (cfr. *supra* o texto a partir da n. 829) no sentido de que o segurado adquire, não só o direito à prestação, mas, desde o momento da contratação, o direito à suportação do risco. Veja-se, por exemplo, LENNÉ, *VFR*, p. 127. Veremos mais adiante, no entanto, que o segurado não deixa de ser segurado se não adquirir qualquer destes direitos – ainda que essa circunstância seja entre nós de ocorrência rara, senão mesmo uma hipótese meramente académica. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2096.

1640 Cfr. *supra* 2.1.1. e 2.1.2.

1641 Neste exemplo, não considero a possibilidade de um seguro para cobertura das despesas de deslocação ao funeral do papa. Semelhante seguro seria válido. O exemplo dado é distinto: tratar-se-ia de um típico seguro de vida em caso de morte e não de um seguro de vida de danos.

1642 Sobre a contraposição entre o contrato e o que está fora do contrato, cfr. *supra* o texto junto à n. 55.

1643 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 51.

1644 Um problema de raciocínio semelhante a este ocorre com muita frequência a propósito da categoria dos seguros de danos e da sua relação com o princípio indemnizatório. Cfr. *supra* o texto junto à n. 603.

1645 Cfr. o art. 43.º/1 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 428.º CCom.

primeira tem, necessariamente, de cair pela base. Teremos de identificar a figura do segurado sem ser por referência ao interesse.

Rectius, podemos fazer referência ao interesse, mas com uma cautela, dado que, para efeitos de identificação da pessoa do segurado, apenas releva o interesse *como este nos aparece no próprio texto do contrato*. Há que manter presente a distinção fundamental entre o contrato e a realidade envolvente. É fora do contrato que devemos procurar determinar se o segurado tem, efectivamente, interesse no seguro que contratou. Se não tiver, o contrato é nulo, ou cessa os seus efeitos, dependendo da altura em que ocorre a falta de interesse, mas nem por isso o contrato deixa de ser um seguro – passa simplesmente a considerar-se um seguro nulo ou ineficaz. Antes disso, teremos de ter concluído que o contrato em apreço é um contrato de seguro, e quais aqueles a quem devemos exigir que tenham interesse no seguro: os segurados. No contrato, exige-se o interesse num sentido distinto: para que o contrato seja de seguro, tem de encontrar-se no seu texto – nas estipulações das partes – a *referência* a um interesse seguro. Alguém tem de ter sido explícita ou implicitamente caracterizado como o interessado – o sujeito do risco que se pretende cobrir. Esse alguém é o segurado. É também no contrato que funciona a destrição de quais, de entre os vários potenciais interessados que na realidade possam existir, serão efectivamente segurados – os sujeitos do risco seguro e, nessa qualidade, os titulares do interesse coberto por aquele contrato. Interesse esse que, fora do contrato, poderá ou não existir.

Por forma a reduzir os termos abstractos em que esta discussão se desenrola, e a concretizar de algum modo as referências à titularidade do risco e do interesse, terá utilidade encontrar uma fórmula para identificar num contrato a pessoa do segurado. Nos seguros de danos, a fórmula define-se de forma simples: *o segurado é aquele cuja esfera é relevante para o cálculo do montante dos danos indemnizáveis*. Nos seguros de responsabilidade civil, ainda que se recorra à esfera do lesado, em última análise, a esfera relevante será naturalmente a do responsável. Se o lesado sofrer danos de várias origens só relevam, para efeitos do seguro, os imputáveis ao responsável coberto pelo seguro. É esta a fórmula a aplicar nos seguros de vida que sejam configurados como seguros de danos, como será normalmente o caso num *key-person insurance*. Nos seguros de capitais, não temos danos indemnizáveis, mas, para além do segurado, contamos ainda com a figura do

beneficiário. Nestes, um *indício* da identidade do segurado, de que há pouco se falou, é precisamente a titularidade do direito de designar o beneficiário.¹⁶⁴⁶ Todavia, convém esclarecer que só para simplificar falo na titularidade desse direito, dado que, em lugar de um direito a designar o beneficiário, o que existe em muitos seguros de vida, sobretudo os colectivos, é mais ténue, mas ainda assim determinante: são esses os casos em que o segurado, não sendo titular do direito de designar o beneficiário, é ainda assim o sujeito que releva para a identificação do beneficiário. *Assim como nos seguros de danos o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos, nestes o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários.* Por exemplo, nalgumas condições gerais de seguros colectivos, existem regras injuntivas sobre as categorias de pessoas que beneficiarão do seguro. Normalmente, dispõe-se que os beneficiários serão o cônjuge e descendentes do segurado ou simplesmente os seus herdeiros.¹⁶⁴⁷

O recurso a estas fórmulas, nos seguros de vida como nos demais, é menos atreito a confusões do que o recurso a um conceito, nesta sede algo difuso, de interesse. O progenitor que segura a própria vida em benefício do cônjuge e descendentes está, de certa forma, a salvaguardar o interesse destes últimos, bem como o seu próprio interesse em alcançar a paz de espírito resultante da confiança no futuro bem estar do seu núcleo familiar após a sua morte.¹⁶⁴⁸ A celebração de um contrato de seguro vai muitas vezes ao

1646 Cfr. ANTHERO, *Comentário CCom II*, p. 212. O autor dizia, a certa altura, que «além, basta que o segurado tenha interesse no seguro, e, aqui, quem deve ter interesse no seguro é a pessoa que a segura». Acrescentava, mais à frente, que «a lei quer que tenha interesse quem tiver direito à indemnização; e, no seguro de vida, quem tem direito a essa indemnização, *ou por si ou por outra pessoa que escolhe*, é quem faz o seguro» (itálicos acrescentados). Se passarmos por cima de uma certa imprecisão, própria da época, no que respeita aos conceitos de tomador, de segurado, de beneficiário e de pessoa segura, verificamos que o autor identificava a atribuição feita ao segurado, consistente no direito de designar o beneficiário do seguro.

1647 Cfr. CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, pp. 144-145. Os autores afirmam que a atribuição beneficiária que consta das condições gerais dos seguros de vida de grupo celebrados por entidades empregadoras por conta dos respectivos trabalhadores tem muitas vezes natureza injuntiva. É de natureza fiscal a razão de ser desta injuntividade: a isenção do imposto sucessório prevista na lei belga exige (i) que todos os trabalhadores possam beneficiar do seguro; e (ii) que se respeite escrupulosamente a ordem de beneficiários fixada na lei. A este propósito, os autores esclarecem ainda que não se considera como um desvio à ordem de beneficiários fixada na lei a atribuição do benefício a um credor do segurado, com função de garantia. Esta é vista como uma transferência do direito ao benefício de que é titular o próprio segurado, o que, de uma forma geral, acaba por beneficiar indirectamente os herdeiros do segurado. Em Portugal, a questão não se coloca a propósito do imposto sucessório, mas também tem natureza fiscal a exigência de injuntividade resultante, para algumas situações, do disposto no art. 40.º/4/e) CIRC (remissão para o direito da segurança social).

1648 Não obstante não dever perder-se de vista que a necessidade em causa, num contrato de seguro, deve ser de natureza económica, no sentido de que deve poder ser satisfeita por via da prestação do segurador, é importante não esquecer que, em grande medida, o que pretende adquirir-se com a

encontro dos interesses de vários envolvidos.¹⁶⁴⁹ Isto em nada nos ajudaria a destrinçar o interesse relevante para a qualificação de um sujeito como segurado daqueles que configuram simples motivos para a contratação de um seguro.¹⁶⁵⁰ Já pensando no titular do direito de designar os beneficiários ou, mais rigorosamente, na pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários, chegamos rapidamente à conclusão de que, no exemplo dado, o segurado é o próprio tomador, titular e senhor da cobertura.

6.2.7.3. Aquisição do direito ao capital seguro

Nesta sede, cumpre analisar a questão de saber a que título pode um terceiro vir a adquirir o direito ao capital seguro. O seguro de vida em caso de morte em que é segurado e pessoa segura o próprio tomador é tipicamente, mas não necessariamente, um contrato a favor de terceiro.¹⁶⁵¹ Mediante este subtipo de contrato de seguro, aquando da morte do tomador, por efeito da designação beneficiária, *se esta existir*, surge *directamente* no património do beneficiário um direito de crédito sobre o capital seguro. A questão da natureza da aquisição deste direito pelo terceiro beneficiário já foi vista, quando tratei a categoria do contrato a favor de terceiro. Vimos então que esse direito nunca chega a integrar o património do tomador.¹⁶⁵² E que tão-pouco faz parte da sua herança.¹⁶⁵³ Esta

subscrição do seguro é precisamente paz de espírito. Cfr. *supra* nn. 329 e 815 e o texto junto à n. 1182. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1952.

1649 Sublinha-o, LUMINOSO, *Mandato*, pp. 1-39.

1650 A distinção entre o interesse de seguro e os interesses que configuram simples motivos para a contratação já aparecia em EHRENBURG, *Interesse*, p. 69. O autor dá o exemplo do que chama «seguros de clientes». Por exemplo, o seguro celebrado pelo armazenista por conta de todos os seus clientes, em relação aos objectos guardados no seu armazém. O autor observa que o armazenista tem obviamente um interesse próprio em celebrar esses seguro, que no entanto não configura um interesse de seguro mas simplesmente um motivo – normalmente o principal motivo – para a celebração do contrato, mediante o qual se seguram apenas os interesses dos clientes.

1651 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1358.

1652 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1324. A regra é aqui a mesma que nos demais contratos a favor de terceiro. Especificamente a propósito do direito ao benefício num seguro de vida, veja-se, por exemplo, BOLDÓ, *Beneficiário*, p. 203.

1653 Cfr. por todos, WINTER, *Rechte Dritter*, pp. 44-46. Esta regra é comum aos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica. Entre nós, cfr. VAZ SERRA, *CFT*, pp. 94-97, 126-127, 196-198 e 204-205; LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 142-148; ANTUNES VARELA, *Modo*, pp. 133-135; VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 181-182 e 359-363; ou CARVALHO FERNANDES, *Sucessões*, p. 118. O mesmo não acontece nos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana. Em Inglaterra, a s. 11 do *Married Women's Property Act* de 1882 determina que um seguro de vida celebrado por um cônjuge, sobre a sua própria vida, em benefício do seu cônjuge e/ou filhos, não faz parte da herança, devendo ser pago directamente aos beneficiários. Só se aplica a pais e filhos. É regra especial que afasta o regime geral de que o benefício integra a herança do *de cuius*. Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 17 (§ 3.38). Contudo, este preceito não faz mais do que estabelecer a regra de que, ainda que nada se estipule a esse respeito, deve entender-se que, com a celebração do seguro, se constituiu um *trust* em benefício do cônjuge sobrevivente e respectivos filhos. Em todos os outros casos, podem as partes estipular livremente o

solução é hoje (quase) pacífica.¹⁶⁵⁴ Mesmo nos casos em que os beneficiários sejam, simultaneamente, herdeiros da pessoa segura¹⁶⁵⁵ e ainda que se designem como beneficiários, indistintamente, os herdeiros da pessoa segura.¹⁶⁵⁶ Ou em que nada seja dito a esse respeito pelo próprio, funcionando a regra supletiva constante das condições gerais do seguro.¹⁶⁵⁷ Em todos esses casos, a atribuição que corresponde à prestação sai, directamente, da esfera do segurador. Só indirectamente pode encontrar-se, recuando até à constituição do respectivo direito de crédito, um acto dispositivo atributivo proveniente da esfera do tomador.

A dúvida surge na hipótese, meramente académica, de o tomador que é simultaneamente segurado e pessoa segura não ter feito qualquer designação beneficiária, não existindo nas condições gerais do seguro qualquer regra supletiva a esse respeito. Ou seja, nos casos em que este seguro não é um contrato a favor de terceiro. A estes casos equiparam-se, naturalmente, os casos de invalidade ou ineficácia da designação beneficiária, de rejeição do benefício, ou de revogação da designação sem substituição do beneficiário, e em geral todas as situações em que do contrato, no seu conjunto, não resulte uma atribuição

trust, situação em que o capital seguro não integrará a herança do *de cuius*. Mas o tomador que constitua um *trust* fica impedido de alterar os seus termos sem o consentimento dos beneficiários. Este mecanismo é comumente utilizado nos seguros de grupo celebrados pelo empregador em benefício dos trabalhadores. Cfr. LOWRY/RAWLINGS, *Doctrines & Principles*, pp. 178-181.

1654 Veja-se, em sentido contrário, o Ac. RL 14.04.2005. Mas apenas para os seguros de vida em caso de vida em que o *de cuius* era titular de um direito de resgate e, por aplicação de uma cláusula de contra-seguro de prémio, os seus herdeiros tinham direito ao reembolso do prémio, o que no entender do tribunal levaria à conclusão de que o valor em causa integraria desde logo o património do *de cuius*.

1655 Nesse sentido, DONATI, *Trattato III*, p. 605; e GASPERONI, *Ass. Vita*, p. 768. Os autores notam que o beneficiário adquire sempre o direito ao capital seguro *iure proprio* e não *iure successionis*, tornando-se credor directo do segurador, razão pela qual os credores da herança não podem valer-se do capital seguro, ainda que o beneficiário, para além de o ser, também seja herdeiro do *de cuius*.

1656 Actualmente, esta questão é relativamente pacífica. Cfr. a doutrina citada *supra* n. 1653 e DONATI, *Trattato III*, p. 605, que afirma que, nesse caso, temos o que se chama uma designação *per relationem*. Apenas em escritos mais antigos se encontram posições contrárias. Cfr. DUTRY, *Successions*, pp. 17 e 25. O autor sustenta que, se a designação beneficiária se faz aos herdeiros legais, deve entender-se que o capital seguro integra a herança. Sustenta ainda que, quando a designação consta de testamento, será necessário averiguar, pela interpretação, se se trata mesmo de uma estipulação para terceiro, tornando o beneficiário credor directo do segurador, ou se se trata antes de um legado, caso em que o capital seguro integra a herança. Esta última asserção tem a sua razão de ser. Simplesmente, na prática o tomador raras vezes se apercebe da diferença técnica entre ambas as possibilidades, pelo que esta posição acabaria por retirar a eficácia ao recurso à figura do contrato a favor de terceiro no domínio dos seguros de vida. Cfr. ainda CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II, maxime* pp. 618-622.

1657 E mesmo nos casos em que o seguro de vida é um produto de aforro, desaparecendo a aleatoriedade característica do seguro. Esta conclusão resulta, inequivocamente, do disposto nos arts. 450.º/1 CC e 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art 460.º CCom.

beneficiária válida e eficaz e seja preciso *sair do contrato* para determinar a quem cabe o capital seguro.¹⁶⁵⁸

Na lei anterior, entendia-se que, nestes casos, o capital seguro integrava a herança do *de cuius*.¹⁶⁵⁹ Na lei actual, não é tão óbvia a resposta a esta questão, pela simples razão de que foi criado um regime especial para regular todas estas situações, tendo-se determinado que o capital seguro deverá ser pago aos herdeiros da pessoa segura.¹⁶⁶⁰ Resta saber a que título, visto que a lei não o esclarece. O problema não surge unicamente entre nós, havendo na legislação de alguns ordenamentos estrangeiros disposições que apontam em ambos os sentidos.¹⁶⁶¹ Observando os preceitos relevantes, fica-se com a ideia de se ter pretendido que, nos casos em que do contrato, no seu conjunto, não resulte uma atribuição beneficiária válida e eficaz e seja preciso sair do contrato para determinar a quem caberia o capital seguro, o capital seguro integra a herança da pessoa segura.

1658 Sobre esta equiparação, cfr. GASPERONI, *Ass. Vita*, pp. 768-769; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 181-182. O primeiro observa que uma nova designação beneficiária pode ser eficaz como revogação da anterior, ainda que por algum motivo seja ineficaz como designação de novo beneficiário.

1659 Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 166 p. 920 m. 9. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 143-144 n. 76, observa que esta conclusão é actualmente pacífica na doutrina alemã, mas que houve em tempos quem sustentasse que até mesmo nesses casos o seguro de vida seria um contrato a favor de terceiro a favor dos herdeiros. Informa ainda que, na indústria seguradora alemã – em que, note-se, a actividade de redigir cláusulas contratuais gerais se encontra quase totalmente centralizada numa associação nacional de seguradores – é prática generalizada a estipulação, nas condições gerais dos seguros de vida em caso de morte, de uma cláusula beneficiária supletiva, mas que o mesmo não acontece nos seguros de acidentes pessoais, em que esta raramente se estipula, não obstante essa possibilidade se encontrar igualmente prevista na lei (p. 145). Nestes últimos, em caso de morte do segurado, o capital seguro integra normalmente a respectiva herança. Vimos que MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 348-349, propunha a determinação legal de uma presunção de que o seguro de vida era celebrado a favor de terceiro, o que conduziria a que, na falta de cláusula beneficiária originária, se entendesse, não havendo indicação em contrário, que o estipulante se reservara a faculdade de designar mais tarde um beneficiário. Cfr. *supra* n. 1603. Obviamente, a presunção deveria ficar por aqui, pelo que, na falta de designação beneficiária, da autoria do estipulante ou resultante de regra supletiva do contrato, explica o autor que os herdeiros receberão o capital seguro *jure hereditario*.

1660 Cfr. o art. 198.º/1 LCS.

1661 Por um lado, o art. 145/§ 4 da LCSar dispõe que, na falta de uma designação beneficiária válida e eficaz, se entende que o segurado designou como beneficiários os respectivos herdeiros, pelo que, neste ordenamento jurídico, nem em caso de silêncio o capital seguro integrará a herança do *de cuius*. Cfr. HALPERIN/MORANDI, *Seguros II*, pp. 739-741. Os autores sustentam que a lei não é aqui criadora de quaisquer direitos na esfera dos herdeiros, limitando-se a reconhecer, em todos os casos, uma designação beneficiária tácita. Em sentido contrário, veja-se a regra expressa de direito francês, que dispõe que, não havendo designação beneficiária, o capital seguro integrará o património ou a herança do tomador (art. L. 132-11 CA). Cfr. NICOLAS, *Essai*, pp. 168-169. Cfr. ainda, no mesmo sentido, o art. 107 LCSbe (embora fazendo referência à sucessão do tomador) e o art. 84 LCSes (mencionando igualmente a sucessão do tomador).

Veja-se o disposto nos arts. 187.º/1/e) e 201.º/3 LCS. No primeiro, a lei refere-se aos «beneficiários (...) ou (...) herdeiros», dando a entender que haveria casos em que estes últimos não seriam já vistos como beneficiários do contrato, mas simplesmente como herdeiros. No segundo, os esclarecimentos sobre a distribuição do capital seguro em caso de pluralidade de beneficiários tão-pouco se aplicam a esses casos, o que leva a supor que se entendeu desnecessário regular, nesses casos, a distribuição do capital seguro, na medida em que essa distribuição se fará directamente, e não por remissão, de acordo com o direito sucessório. Resta saber se, de futuro, nos casos em que as condições gerais do seguro se limitarem a reproduzir o regime legal supletivo, como muitas vezes acontece, deverão interpretar-se no sentido de estabelecerem, elas próprias, um regime supletivo para a designação beneficiária, caso em que o capital seguro não integrará a herança da pessoa segura, ou no sentido de remeterem para o regime supletivo legal, caso em que o capital seguro já integrará a herança da pessoa segura. Esta questão só poderá responder-se caso a caso, de acordo com as regras de interpretação dos contratos.

6.2.7.4. Seguros «a favor de terceiro a favor de terceiro»

Já antes víamos que, num contrato a favor de terceiro, há pelo menos dois actos dispositivos e três atribuições – uma das quais indirecta. Os exemplos com o seguro de vida em caso de morte permitem-nos analisar casos em que temos dois terceiros beneficiários distintos: o segurado e o beneficiário. São os contratos de tipo A + B. Também podemos designá-los como seguros «a favor de terceiro a favor de terceiro». Pense-se na quarta hipótese. O tomador, parte no contrato, celebrou um contrato de seguro sobre a vida de um terceiro, seu trabalhador, concedendo a este o direito de designar o respectivo beneficiário. Pense-se na possibilidade mais simples de o trabalhador nada fazer a não ser dar o seu consentimento. O trabalhador é um terceiro a quem foi concedido um direito de designação beneficiária. Pode, portanto, dizer-se que temos aqui um contrato a favor de terceiro – pois o segurado é um terceiro titular de uma situação jurídica activa criada pelo contrato. Temos, antes de mais, a titularidade da cobertura, situação jurídica complexa, que neste caso inclui, entre outros, o direito de designar o beneficiário do seguro.¹⁶⁶² Já o beneficiário do seguro designado pelo

¹⁶⁶² Fiscalmente, este seguro será em princípio entendido como um bem atribuído pelo empregador ao trabalhador e, nesse sentido, será qualificado como parte da sua remuneração. Porque o seguro é visto pelo sistema jurídico como um bem de que este pode fazer uso. Cfr. *infra* o texto junto à n.

trabalhador é um novo terceiro, que adquire a titularidade de um direito por efeito do contrato: o direito à prestação. Embora, de acordo com a regra supletiva, só o adquira após a morte do trabalhador segurado, que é também a pessoa segura. Temos então um contrato a favor de terceiro a favor de terceiro. O que de mais curioso há nesta última atribuição – a constituição, pelo terceiro-segurado, do direito de crédito na esfera do terceiro beneficiário – é que, por via de um contrato, pode um terceiro praticar um acto dispositivo atributivo, ainda que indirecto, a favor de outro terceiro.

A lei estabelece maneiras de reagir, em certas circunstâncias, contra o acto dispositivo atributivo do tomador-segurado em que consiste o benefício de um seguro de vida. Veja-se a determinação de aplicação das regras relativas à colação, imputação e redução das doações e impugnação pauliana aos prémios por si pagos.¹⁶⁶³ Aliás, esta é a melhor demonstração de que o sistema jurídico reconhece a existência de semelhante acto de disposição.¹⁶⁶⁴ Se assim é, o mesmo nem sempre poderá dizer-se acerca do acto dispositivo atributivo do terceiro-segurado a favor do terceiro beneficiário de um seguro de vida: a lei nem sempre protege a posição dos credores ou dos herdeiros do terceiro-segurado.

Comecemos pela questão de saber se, depois da morte do terceiro-segurado, os seus herdeiros poderão reagir contra a atribuição do capital seguro aos beneficiários por aquele designados. Considere-se, antes de mais, a eventual aplicação analógica dos preceitos relativos à colação, imputação e redução das doações.¹⁶⁶⁵ Parece que a analogia não procede, justamente porque não foi o terceiro-segurado a pagar os prémios do seguro. Pensemos noutra possibilidade ao dispor dos herdeiros. Em caso de ineficácia da designação beneficiária, no sentido mais amplo do termo, aplicar-se-á o regime supletivo que as cláusulas gerais do seguro tipicamente conterão. Apenas na falta de tal regime

2207.

1663 Arts. 450.º/1 CC e 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 460.º CCom. A ausência de semelhantes disposições na lei alemã levou a que parte da doutrina defendesse que o direito à prestação pertence ao tomador do seguro, permanecendo no seu património até à sua morte, só depois se transferindo para o beneficiário, titular de um direito derivado do primeiro, assim se permitindo o acesso ao capital seguro pelos credores da herança. Cfr. *supra* n. 1325.

1664 MAJELLO, *Interesse*, pp. 128-129. O autor observa que, «se o direito atribuído ao terceiro não fosse a consequência de um acto de disposição do estipulante, não saberia explicar-se a que título o terceiro deveria conferir ou restituir os prémios em caso de colação, redução ou revogação da atribuição a seu favor».

1665 Cfr. os arts. 450.º/1 CC e 200.º LCS. No regime anterior, cfr. o art. 460.º CCom.

supletivo poderia defender-se que o capital seguro passaria integrar a herança do terceiro-segurado. Contudo, ainda que não a integre nos demais casos, a regra supletiva estipulada em tais cláusulas remete tipicamente para os herdeiros. Note-se que, entre os casos de ineficácia em sentido amplo, deverão incluir-se aqueles em que se verifiquem os pressupostos para a anulação da designação beneficiária, designadamente por motivo de usura ou, em casos extremos, eventualmente de ofensa aos bons costumes.¹⁶⁶⁶ Em todo o caso, sempre que aos herdeiros não assista maneira de pôr em causa, por outra via, a eficácia da designação beneficiária, parece que não lhes é conferida a mesma protecção de que gozam os herdeiros dos tomadores-segurados pelo simples facto de o serem.

Avancemos para os credores do terceiro-segurado. Note-se que, no que aos credores diz respeito, o problema do acesso ao capital seguro é o mesmo nos casos de tomadores-segurados e de terceiros-segurados, mas nestes últimos adquire uma importância adicional, visto os respectivos credores não terem ao seu dispor as mesmas armas que os credores dos tomadores-segurados, que podem designadamente fazer uso da impugnação pauliana, atacando a celebração do seguro – pelas mesmas razões que improcede a analogia com os preceitos relativos à colação, imputação e redução das doações, terão de afastar-se, nestes casos, os preceitos relativos à impugnação pauliana.¹⁶⁶⁷ Ao que acresce a razão adicional mais óbvia de que não podem os credores impugnar um negócio em que o devedor é terceiro beneficiário, visto que esse negócio, por natureza, não tem por efeito a diminuição da garantia patrimonial dos créditos.

Cumpra sublinhar que a posição dos credores só poderá ser protegida na medida em que possa dizer-se que o terceiro-segurado já é titular de uma qualquer pretensão perante o segurador – o que nem sempre acontece. Ponhamos de parte as situações em que, não

¹⁶⁶⁶ Entendo que, actualmente, nesta matéria deverá aplicar-se com alguma parcimónia a cominação de ofensa aos bons costumes constante do art. 281.º CC. Com efeito, não convence o exemplo de escola, que aparece nalguns manuais mais antigos, de nulidade de todo o seguro de vida celebrado por homem casado em benefício da sua amante. O seguro deverá passar, entre outros, o crivo da usura. Cfr. o disposto no art. 282.º/1 CC. Deste preceito decorre a anulabilidade dos negócios resultantes da exploração de toda uma série de fraquezas alheias com a consequente obtenção de benefícios excessivos ou injustificados. Passando o seguro esse crivo, independentemente da natureza da relação em causa, não se vê que ofenda os bons costumes o intuito de prover ao sustento de alguém com quem se teve relação próxima, quando o segurado seria livre de beneficiar do modo que entendesse o resto da humanidade, incluindo os mais completos estranhos, e mesmo pessoas jurídicas e patrimónios autónomos. Para efeitos de aplicação do crivo dos bons costumes, uma coisa é a relação extramatrimonial em si mesma considerada, outra a designação beneficiária num contrato de seguro.

¹⁶⁶⁷ Cfr. *supra* n. 1665.

obstante ser pessoa distinta do tomador, o segurado deverá na verdade qualificar-se, não como um terceiro, mas como uma parte adicional numa relação contratual complexa. Destes casos tratarei adiante.¹⁶⁶⁸ Para já, limito-me a considerar os casos em que o segurado permanece um terceiro em face do contrato de seguro. De entre esses, há que distinguir (i) aqueles em que ao terceiro-segurado é conferido o direito de vir a beneficiar outro terceiro; (ii) aqueles em que o terceiro-segurado tem uma expectativa jurídica de vir a fazê-lo; (iii) aqueles em que tem somente uma esperança, juridicamente irrelevante, de um dia poder vir a fazê-lo, sem ser titular de uma situação actual de que possa no imediato fazer-se valer.¹⁶⁶⁹

Enquanto permanecer precária a posição do segurado, o que acontecerá enquanto este apenas for titular de uma expectativa jurídica ou não tiver mais do que uma esperança juridicamente irrelevante, não pode naturalmente admitir-se que aos seus credores seja dado acesso ao capital seguro.¹⁶⁷⁰ Quando ao terceiro-segurado se confere o direito de vir a beneficiar outro terceiro, surge a questão de saber se os credores do segurado, ainda antes da sua morte, poderão aceder ao capital seguro em termos mais favoráveis do que os aplicáveis ao próprio segurado: note-se que o segurado não tem acesso ao capital seguro, visto que não é titular de um direito de resgate, nada podendo fazer a não ser exercer o direito de designar quem a ele terá direito após a sua morte.

Na realidade, são entre nós frequentemente objecto de penhora supostos direitos de crédito de tomadores-segurados ou de terceiros-segurados relativos a contratos de seguro de vida, sem que os tribunais tenham prestado a devida atenção à questão jurídica em apreço, de saber se os próprios poderiam exigir para si o pagamento do capital seguro, ou mesmo um montante correspondente ao valor de resgate, questão essa que normalmente não é levantada por não ser do interesse de nenhum dos envolvidos contestar activamente o acatamento de semelhante ordem do tribunal.¹⁶⁷¹ Não creio que possa ser

1668 Cfr. *infra* o texto a seguir às nn. 1681, 1942 e 2239.

1669 A distinção é traçada mais detidamente *infra* no texto a partir da n. 2363.

1670 O problema dos seus herdeiros não se coloca, porquanto, após a morte do segurado, a situação nunca será precária. Se à data da sua morte este ainda se mantiver como segurado, os beneficiários por si designados adquirem de imediato o direito de exigir a prestação do segurador.

1671 Em Itália, o direito de crédito do segurado ou do beneficiário resultante de um seguro de vida é impenhorável. Cfr. o art. 1923 CCit. Cfr. DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, p. 193. Na Alemanha, cfr. o disposto no § 850b I ZPO. O preceito estabelece a impenhorabilidade das pretensões fundadas em seguro de vida em caso de morte até ao montante, actualmente, de €3.579. Cfr. a análise de BAYER, *Vz. Dritter*, pp. 274-275. Em Portugal, cfr. o art. 824.º/1/b) CPC. De acordo com este preceito, são

objecto de penhora a situação jurídica de um tomador-segurado ou de um terceiro-segurado que não tem, ele próprio, o direito de exigir para si o pagamento do capital seguro, ou sequer do respectivo valor de resgate. *Rectius*, o problema não é de insusceptibilidade de penhora, mas antes de inutilidade prática da penhora, dado que não deveria permitir-se a tais credores o acesso a semelhante pecúlio, quando não o teria o próprio segurado executado.

Esta situação acontece com alguma frequência nos seguros de vida dados em garantia. É um facto que a existência de um seguro de vida permite ao seu titular obter crédito de outro modo difícil de conseguir. Por um lado, porque a incerteza relativa à durabilidade da vida do devedor pelo tempo suficiente ao pagamento do capital e dos juros deixa de ser um problema, dado que, em caso de morte, esse pagamento é assegurado pelo segurador. Por outro lado, na medida em que a existência, a partir de certa altura, de um direito incondicional ao valor de resgate permite o seu funcionamento como garantia do cumprimento de obrigações perante terceiros.¹⁶⁷²

O uso de um seguro de vida como garantia pode ocorrer de diversos modos.¹⁶⁷³ O tomador pode ceder ao seu credor a sua posição contratual num contrato de seguro.¹⁶⁷⁴ Trata-se de uma transmissão fiduciária em garantia, na medida em que o credor se

impenhoráveis dois terços das prestações periódicas pagas a título de seguro. Com os limites máximos e mínimos prescritos no n.º 2. O preceito nada diz acerca dos pagamentos em capital, e não em renda. É discutível que possa daqui retirar-se a sua impenhorabilidade, por analogia.

1672 Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 393-395. DECHERT, *Assignments*, p. 23, observa que a utilização do seguro de vida de prémio constante deu azo à acumulação de reservas substanciais, o que chamou a atenção para os atributos dos seguros de vida com direitos ainda não vencidos. Para além dos direitos de resgate e a adiantamentos sobre o capital seguro, não deve esquecer-se o valor autónomo do direito condicional ao capital seguro aquando da morte da pessoa segura. Com efeito, o titular desses direitos pode vir a precisar do dinheiro investido no seguro de vida. Contudo, o respectivo valor de resgate é em geral muito mais baixo do que o montante que seria pago em caso de morte, ou em caso de sobrevivência na data prevista no contrato. HAVENGA, *Second-Hand Policies*, pp. 521-537, nota que uma alternativa mais lucrativa do que o resgate, para quem sente uma necessidade súbita de liquidez, e que nos últimos anos deu azo a um novo mercado mundial, é a venda da posição contratual de tomador com direito ao benefício por um preço superior ao valor dos prémios pagos e ao valor de resgate, no mercado de seguros de vida «em segunda mão» (p. 521). Na África do Sul, a esta prática chama-se negociação de *second-band policies*. Nos EUA, chama-se assim ao mercado, mas os acordos correspondem aos chamados *viatical settlements*. No Reino Unido, fala-se antes em *traded endowment policies* (TEPS). Na Alemanha, em *gebrauchten Policen* (pp. 521-522). A prática começou nos EUA nos anos 80. Relaciona-se com o aparecimento do vírus do SIDA. Tratava-se, em geral, de pessoas doentes, com uma esperança de vida muito reduzida, e com pesados custos com a sua saúde. Esta terminologia é mais usada nos casos de uma redução drástica e repentina da esperança de vida, preferindo-se nos demais casos, de uma forma geral, a expressão *life settlements*, de conotação menos negativa. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 356-359. Em Portugal, cfr. os arts. 182.º, 196.º e 197.º/1 LCS. Cfr. *infra* nn. 1674 e 2018.

1673 Cfr. o art. 97.º/1 LCS. Cfr. *supra* n. 1576.

obrigue, perante o seu devedor, a retroceder a sua posição, uma vez satisfeito o débito, bem como a não reter quaisquer montantes para além dos necessários à satisfação do débito, caso o valor do seguro exceda o do débito.¹⁶⁷⁵ Ao invés, o devedor-tomador pode limitar-se a atribuir irrevogavelmente o benefício do seguro ao seu credor – igualmente em garantia.¹⁶⁷⁶ Nessas circunstâncias, a cláusula beneficiária funciona por vezes como uma garantia ao lado de outras que a complementem, sendo frequente cumulá-la, por vezes sem grande coerência, com o penhor dos direitos de crédito do tomador-segurado decorrentes do contrato de seguro.¹⁶⁷⁷ As dificuldades colocam-se na vasta zona cinzenta entre estas duas soluções: (i) cessão da posição contratual de tomador ao credor; e (ii)

1674 Cfr., no entanto, o disposto no art. 197.º/1 LCS. Deste preceito parece resultar que o tomador só pode ceder, nos termos gerais, a sua posição contratual a terceiro se não for, simultaneamente, pessoa segura. Caso o seja, tem apenas ao seu dispor a faculdade de ceder ou onerar os direitos contratuais de que seja titular.

1675 A transmissão poderia não ser legítima por outros motivos. Designadamente, a proibição do pacto comissório. Cfr. o art. 694.º CC.

1676 Note-se que, se isso acontecer, uma vez satisfeita integralmente a obrigação garantida, o tomador-segurado deve renovar a designação beneficiária, de contrário o capital integrará a sua herança (enquanto pessoa segura). Neste sentido, BAYER, *Vgl. Dritter*, p. 258. Na prática, todavia, este efeito será normalmente impedido pelo funcionamento da designação beneficiária supletiva constante das condições gerais do seguro. Note-se que o próprio tomador-segurado pode obviar a este efeito, se designar desde logo o seu credor garantido como beneficiário principal e outros terceiros como beneficiários subsidiários, em caso de satisfação da obrigação garantida. Cfr. CRAWFORD, *LHIL*, p. 201; e MCGANN, *LHIL*, pp. 198-199. As autoras distinguem os *primary* e *contingent beneficiaries*. Esta última figura tem utilidade, não apenas no caso de o principal beneficiário ser um credor, mas também para o caso de este vir a morrer ou a rejeitar o benefício.

1677 Sem grande coerência, porque, antes de mais, se o direito ao capital seguro já foi atribuído ao credor, na sua qualidade de beneficiário, deixará naturalmente de pertencer ao tomador, não fazendo sentido dar em penhor algo de que já não se é titular. Os direitos de crédito de um tomador num contrato com benefício irrevogável são de pouca ou nenhuma valia para o credor pignoratício. Por este motivo, dispõe a lei espanhola que o «penhor da apólice» implica a revogação da cláusula beneficiária (art. 99 da LCSes). A isto acresce que as duas garantias não são em geral suficientemente autonomizadas, confundindo-se o seu exercício, quer pelos próprios titulares, quer pela jurisprudência que atende as suas pretensões. Note-se que o penhor de direitos de crédito sofre das debilidades acima apontadas à transmissão fiduciária em garantia. Cfr. *supra* n. 1675. A proibição do pacto comissório parece aplicar-se ao penhor de direitos *ex vi* os arts. 678.º e 679.º CC. A questão é controversa, podendo nomeadamente apontar-se que não se trata, em ambos estes casos, de um pacto comissório mas antes de um pacto marciano, segundo o qual «em caso de incumprimento, a propriedade sobre a coisa dada em garantia se transfere para o credor, ficando este obrigado a restituir ao devedor a soma correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito». JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, p. 95. A admissibilidade do pacto marciano foi já expressamente admitida pela lei no domínio do penhor financeiro, pelo art. 11.º do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio. A esta questão soma-se, todavia, o facto de a eficácia desta modalidade de garantia se taldar pela necessidade, pelo menos aparente, de pagamento, em conjunto, ao credor originário e ao credor pignoratício, conforme dispõe o art. 685.º/2 CC. Isto equivaleria, na prática, à necessidade de recurso aos tribunais para execução do penhor. Impõe-se porventura a interpretação restritiva do preceito, pelo menos no que respeita a créditos pecuniários, em que o devedor possa pagar a cada credor o que deva ser seu.

cláusula beneficiária a favor do credor.¹⁶⁷⁸ Por vezes, a posição de um credor, beneficiário designado irrevogavelmente num seguro de vida, a quem foram ainda cedidos alguns direitos do tomador, será de tal modo forte e intrusiva que seremos forçados a qualificá-lo como parte adicional numa relação contratual complexa.¹⁶⁷⁹ Com efeito, pode o contrato configurar-se de tal forma que o beneficiário designado, não sendo tomador, segurado ou, naturalmente, pessoa segura, deverá no entanto qualificar-se como parte, para além do tomador e do segurador, e não como terceiro.

É certo que a irrevogabilidade do direito do beneficiário não chega, por si só, para qualificá-lo como parte no contrato. Todavia, com o intuito de fortalecer ao máximo a posição do credor – muitas vezes um banco com poder negocial para determinar o conteúdo do contrato – atribui-se por vezes a este, para além de um direito ao benefício, todo um conjunto de outros poderes, e por vezes mesmo os direitos de resgate e de redução do contrato de seguro de vida. Os direitos de resgate e de redução são, por definição, direitos de uma parte no contrato, dado envolverem a resolução antecipada do contrato sem no entanto com ela se confundirem, implicando o resgate a resolução total e a redução a resolução parcial do contrato.¹⁶⁸⁰ São direitos próprios do tomador.¹⁶⁸¹ O que não significa que este não possa cedê-los ao beneficiário, desde que o contrário não resulte do contrato. Ora, uma vez aceites, pelo beneficiário, os direitos que para si decorrem do contrato, deverá por vezes concluir-se que este adquire a qualidade de parte adicional do contrato, ao lado do tomador – na medida em que a sua posição não se esvazie por completo – e do segurador.

No que respeita ao regime da oponibilidade dos meios de defesa fundados no contrato aos terceiros beneficiários do seguro de vida a favor de terceiro, sejam eles o terceiro-segurado ou o beneficiário, aplicar-se-á o regime geral do art. 449.º CC.¹⁶⁸² O segurador

¹⁶⁷⁸ Note-se que, embora se encontre aparentemente vedada a faculdade de cessão da posição contratual de um tomador que seja, simultaneamente, pessoa segura, a lei permite-lhe a cessão ou oneração de quaisquer direitos de que seja titular em virtude do contrato. Cfr. os arts. 196.º e 197.º/1 LCS. Isto significa que, para além da designação beneficiária, tem ainda ao seu dispor a possibilidade de a cumular com uma cessão em garantia dos direitos de redução e resgate e à concessão de adiantamentos sobre o capital seguro. Cfr. os arts. 194.º e 195.º LCS.

¹⁶⁷⁹ Neste sentido, TOURNOIS, *Direct Actions*, p. 203.

¹⁶⁸⁰ Cfr. o art. 194.º LCS. Sobre estes direitos, cfr. *supra* o texto junto à n. 1249.

¹⁶⁸¹ Neste sentido, JADOUL, *SPA*, p. 426.

¹⁶⁸² Cfr. WINTER, *Rechte Dritter*, pp. 46-47. São oponíveis pelo segurador ao terceiro beneficiário todos os meios de defesa derivados do contrato. É a regra geral do § 334 BGB. Em Portugal, no que respeita ao terceiro-segurado, o regime geral encontra-se reproduzido no art. 48.º/5 LCS. Ao beneficiário

pode opor-lhes todos os meios de defesa de que dispõe contra o tomador. Tais meios de defesa incluem as reacções, não somente ao incumprimento de deveres contratuais por parte do tomador, como ainda ao incumprimento de ónus ou encargos contratuais, por este ou pelos terceiros. Os ónus ou encargos, ao contrário dos deveres, podem ser impostos pelos contraentes, quer a si próprios, enquanto partes, quer aos terceiros beneficiários, sejam eles segurados ou beneficiários do seguro.¹⁶⁸³

O princípio, como vimos, é o de que aos terceiros podem atribuir-se efeitos positivos, não negativos. E a imposição de ónus ou encargos, ao contrário da imposição de deveres, não se qualifica como a atribuição de um efeito negativo mas antes como a imposição de limites a um efeito positivo.¹⁶⁸⁴ A «violação» de um ónus corresponde na verdade à produção, pelo terceiro-segurado ou pelo beneficiário, de um pressuposto negativo do dever de prestar do segurador.¹⁶⁸⁵ E chegamos, neste ponto, a outra distinção entre as figuras do segurado e da pessoa segura. Pense-se nos seguros celebrados por conta própria sobre a vida de um terceiro. Enquanto terceiro, este não poderá naturalmente estar vinculado a quaisquer deveres contratuais.¹⁶⁸⁶ Mas a isto acresce que, enquanto pessoa segura – e se nada mais for para além de pessoa segura – também não pode sujeitar-se a ónus contratuais.¹⁶⁸⁷ É esta uma importante diferença relativamente ao

aplicar-se-á directamente o art. 449.º CC, com a ressalva que consta do art. 204.º/2 LCS. Do mesmo modo, quanto ao terceiro-segurado, cfr. BK/HÜBSCH, p. 1276 § 75 m. 4.

1683 Cfr. *supra* n. 1317 e o texto junto à n. 1456.

1684 Cfr. KRAUSE, *Begriff*, p. 39. O autor rejeita a qualificação destes seguros como contratos em prejuízo de terceiro (*Vertrag zu Lasten Dritter*).

1685 Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp 128 e 130-133. Este autor tem no entanto uma posição bastante generosa no que respeita às limitações ao princípio da relatividade dos contratos, admitindo haver situações especiais em que sobre o segurado possa impender um verdadeiro dever. Mas invoca somente o caso do seguro de responsabilidade civil em que, perante uma situação de facto duvidosa, o segurador exige ao tomador, ou ao segurado, que se deixe acusar pelo lesado para dirimirem com este o conflito em tribunal, com vista a uma minimização do «dano». Não é um exemplo muito convincente. De resto, a possibilidade de imposição de deveres a terceiros é aceite, numa primeira leitura, por alguma doutrina e jurisprudência francesas, que no entanto acaba em geral por admitir que a figura se torna distinta por efeito dessa imposição, na medida em que, com a aceitação, o terceiro passa a ser parte no contrato. É a figura do *contrat pour autrui*, modalidade de *stipulation pour autrui* em que o direito concedido ao terceiro é o de celebrar um segundo contrato com o promitente. Sobre esta, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1455.

1686 Pode no entanto resultar da interpretação do contrato que, na realidade, a pessoa segura não é terceiro mas sim parte. Para isso não basta, naturalmente, que no seu texto constem «obrigações» para o visado, porque este só será parte se se encontrarem indícios suficientes da sua aceitação ou adesão ao contrato – como parte. Na falta de tais indícios, quaisquer «obrigações» que para o visado decorram do contrato poderão, quando muito, corresponder a meros ónus, dada a relatividade dos contratos.

1687 Neste sentido, MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, p. 732. A questão não foi tida em conta por DONATI, *Trattato III*, pp. 591-592.

segurado. Porque é condição essencial da imposição de ónus a atribuição, em simultâneo, de uma qualquer vantagem que os ónus possam limitar. Sem vantagem não existe ónus. E a pessoa segura é um terceiro totalmente estranho à força normativa do contrato. Não lhe são atribuídos, nem efeitos positivos, nem efeitos negativos. O que não deixará de ser tido em conta pelo segurador na aferição do risco que assume no contrato.¹⁶⁸⁸

Esta distinção merece algum apoio. Tratando-se de um seguro sobre a vida de um terceiro que não retire do contrato qualquer vantagem, *prima facie*, para que o contrato responda às necessidades do mercado, mesmo sem esta impossibilidade técnica, teria de ser mais reduzido o leque das exclusões aplicáveis ao contrato. Se um produtor de cinema pretende contratar um seguro visando proteger-se a si próprio contra os prejuízos decorrentes da morte da estrela principal do filme que está a rodar, é natural que, do contrato que vier a celebrar, não se exclua a cobertura da morte por suicídio, ou por homicídio cometido pelos respectivos herdeiros, dado tratar-se de algo de totalmente alheio ao tomador-segurado. São exclusões que não se justificam neste contexto. Por outro lado, do ponto de vista do segurador, não deixa de ser pertinente a exclusão da cobertura da morte resultante da prática de certas actividades de especial perigosidade ou do consumo de estupefacientes. Caberá então ao segurado – o produtor de cinema – o ónus de se certificar, designadamente mediante contrato celebrado com a sua estrela de cinema, de que esta não praticará tais actividades.¹⁶⁸⁹

1688 Cfr., a este propósito, o que dispunha o art. 458.º/§ único CCom. O n.º 1 deste preceito estabelecia certas exclusões da cobertura: morte em resultado de suicídio, duelo, condenação judicial, crime ou delito cometido pelo próprio, homicídio pelos seus herdeiros. Era, naturalmente, uma regra supletiva, muitas vezes afastada nas condições gerais dos seguros. Mas note-se que essa regra não se aplicava no caso de o seguro se fazer sobre a vida de um terceiro. CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao CCom II*, p. 630, notava que, nesse caso, os actos do terceiro deveriam ser havidos como «um caso de força maior». Na época em que foi redigido o CCom, imperava a concepção segundo a qual, se algo de inesperado acontecesse, ou respeitava a uma obrigação contraída pelo tomador ou, assim não sendo, nada poderia alterar-se no seguro, sofrendo o segurador as consequências de qualquer alteração de circunstâncias. Mais tarde evoluiu-se, nos sistemas jurídicos continentais, para o entendimento de que, ainda que o ocorrido não possa de algum modo imputar-se ao tomador, se a alteração configurar uma modificação da realidade cuja descrição faz parte do próprio conteúdo do contrato, não podendo dizer-se que a pessoa segura se encontrava obrigada a manter o *status quo* descrito no contrato, pode no entanto afirmar-se que a alteração ocorrida pede, no mínimo, o ajustamento do montante do prémio a pagar em troca da protecção do seguro, ou mesmo o reconhecimento, ao segurador, do direito de resolver o contrato. Assumiu então importância, por um lado, a figura intermédia dos ónus ou encargos e, por outro lado, o regime jurídico do agravamento do risco. Cfr. *supra* nn. 1209 e 1213.

1689 Em grande medida, são essas as conclusões a que chega HUBBART, *Insurance and Motion Pictures*, pp. 267-304. Cfr. *supra* n. 1627.

Analisei o paradigma do seguro a favor de terceiro: o seguro de vida em caso de morte em que é segurado e pessoa segura o próprio tomador. Mas é importante reter que todos os seguros – sem excepção – podem celebrar-se a favor de terceiro. Isto porque, ainda que nem todos contemplem a figura do beneficiário, em todos existe a figura do segurado, que em todos os tipos e subtipos de seguro pode ser pessoa distinta do tomador.¹⁶⁹⁰ Para a qualificação de um seguro como a favor de terceiro bastará que se atribua a um qualquer terceiro a titularidade de uma qualquer situação activa. Esta pode ser, como vimos, no caso de se tratar do beneficiário do seguro, o direito à indemnização em caso de sinistro. Pode também ser, como também vimos, o direito de designar o beneficiário. Mas as possibilidades não terminam aqui. Pode ainda ser, por hipótese, o direito a que outrem receba a indemnização em caso de sinistro. É o caso, por exemplo, do co-segurado que assume essa qualidade por conduzir um veículo seguro por outrem, normalmente o proprietário do mesmo, que será o tomador.

6.3. O contrato com eficácia protectora de terceiro: apontamento

Dos contratos a favor de terceiro deverão distinguir-se os contratos com eficácia protectora de terceiro.¹⁶⁹¹ Na Alemanha, a jurisprudência serviu-se inicialmente do regime legal do contrato a favor de terceiro para reconhecer a certos terceiros um direito de reparação em caso de incumprimento de alguns deveres contratuais, ou relacionados com um contrato, mormente, mas não só, de deveres acessórios de protecção.¹⁶⁹² A especificidade destes contratos, por comparação com os verdadeiros contratos obrigacionais a favor de terceiro, reside, em primeiro lugar, na circunstância de o terceiro não ter o direito de fazer valer os termos do contrato – o que não significa que o efeito

1690 Pelo menos em Portugal. Cfr. *infra* n. 2015.

1691 Cfr. LARENZ, *Schuldrecht I*, pp. 224-232; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 158-160; GERNHUBER, *Drittwirkungen*, pp. 249-274; BAYER, *Vz Dritter*, pp. 182-194; ou MUSIELAK, *Inserção*, pp. 283-296. A autonomização da figura deve-se a LARENZ/HEISEKE, *Schutzwirkung*, pp. 77-81. Foi LARENZ quem propôs inicialmente, para a figura, a denominação *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. Cfr. LARENZ, *Anotação*, p. 1193. Em Portugal, a figura terá sido introduzida no panorama doutrinário por C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 419-426.

1692 Pelo menos desde RG 05.10.1917 (sobre deveres de protecção em matéria de arrendamento). A jurisprudência sustentou inicialmente que o contrato a favor de terceiro podia limitar-se a estender ao terceiro os deveres de protecção. Todavia, a doutrina veio a esclarecer que esse não se tratava de um verdadeiro contrato a favor de terceiro, não só porque, pelo menos no direito alemão, este apenas poderia conferir ao terceiro um direito de crédito a uma prestação, mas sobretudo porque é pura ficção o enraizamento da protecção do terceiro nas estipulações das partes. Trata-se antes, nestes casos, de uma concretização do princípio da boa fé constante do § 242 BGB. Cfr. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 182 e 191. Particularmente influente, no que respeita a esta conclusão, foi a obra de GERNHUBER, *Drittwirkungen*, pp. 249-274.

protector não possa relacionar-se com o incumprimento de deveres nele estipulados. Será esse o caso na responsabilidade, perante um terceiro utilizador, por informação inexacta prestada ao comprador. Trata-se, antes de mais, de distinguir entre os deveres primários e os deveres secundários de prestar, ou entre os deveres de prestar e os deveres de indemnizar.¹⁶⁹³ Em segundo lugar, é hoje ponto relativamente assente que, nos contratos com eficácia protectora de terceiro, a protecção conferida ao terceiro não tem fonte contratual: é antes uma concretização do princípio da boa fé. Neste ponto, a distinção essencial a traçar é a que contrapõe os deveres de prestação aos deveres de protecção. Só por razões históricas este contrato aparece, neste estudo como em muitos outros, lado a lado com o contrato a favor de terceiro.¹⁶⁹⁴

É diminuto o relevo desta figura no domínio dos seguros, pelo que não me alongarei. No entanto, julgo oportuno ponderar se não haverá pelo menos uma circunstância em que um seguro seja de qualificar como um contrato com eficácia protectora de terceiro. Trata-se dos casos em que, num seguro de vida ou de acidentes pessoais, a pessoa segura não cumula mais qualquer função num dado contrato de seguro: não é tomador; segurado ou beneficiário. Nestes casos, como já tive a oportunidade de expor, a pessoa segura desempenha no contrato uma função equivalente à desempenhada pela coisa segura. Simplesmente, e salvo em determinadas circunstâncias que indico a seguir, o consentimento da pessoa segura é requisito de validade do contrato de seguro.¹⁶⁹⁵

Dispõe a lei que o consentimento da pessoa segura é necessário para a celebração de um contrato de seguro de acidentes pessoais ou de vida, em sentido estrito, sempre que aquela seja pessoa distinta do tomador e tão-pouco seja seu beneficiário.¹⁶⁹⁶ Se o seguro

1693 Entre nós, acentuando a distinção consoante se atribui um direito primário à prestação ou um direito secundário à indemnização, CARNEIRO DA FRADA, *Confiança*, pp. 145-152 n. 109. Sobre a distinção veja-se, entre nós, o *Dever de Prestar* de GOMES DA SILVA; e, mais recentemente, o *Dever de Prestar* de PEREIRA/MÚRIAS.

1694 Cfr. *supra* n. 1692. Sobre o contrato com eficácia protectora de terceiro e a sua fonte no direito objectivo, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Boa Fé*, pp. 619-625. Para uma defesa da «irrelevância do contrato – enquanto acto de autonomia privada – como fundamento da responsabilidade civil por violação dos deveres de protecção», cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Deveres de Protecção*, pp. 92-114 (citação da p. 94).

1695 Cfr. o art. 43.º/3 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 11.º/1 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1696. Veja-se ainda, para os seguros de acidentes pessoais, o disposto no art. 212.º/2 LCS.

1696 Cfr. o art. 43.º/3 LCS. Para os seguros de acidentes pessoais, cfr. o art. 212.º/2 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 11.º/1 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Este preceito, cuja redacção era demasiado ampla, devia ser objecto de uma interpretação restritiva, no sentido de que apenas no seguro sobre a vida de um terceiro não beneficiário se exigia o consentimento da pessoa segura. Neste sentido, MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 318. Cfr. ainda o art. 1919 CCit. No actual

se celebrar sobre a vida ou integridade física do próprio tomador, o consentimento consome-se na sua declaração de parte contratual.¹⁶⁹⁷ A exigência de consentimento já se aplica aos casos em que a pessoa segura é também segurada.¹⁶⁹⁸ Trata-se, pelo menos em parte, indiscutivelmente, de uma resposta do sistema à preocupação de eliminar incentivos excessivos ao homicídio.¹⁶⁹⁹ Os obstáculos criados pela lei actuam em dois momentos distintos: (i) num primeiro momento, dificultando, preventivamente, a celebração de seguros que constituam um incentivo demasiado forte ao homicídio da pessoa segura; (ii) num segundo momento, postumamente, negando o direito à prestação a quem, ainda assim, cometeu ou de algum modo participou no homicídio da pessoa segura.¹⁷⁰⁰

regime, ressalvam-se os casos em que o contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. No regime anterior, o consentimento não se exigia quando o seguro fosse para garantia de uma responsabilidade do tomador relativamente à pessoa segura em caso de ocorrência do sinistro. A ressalva actual é mais ampla, mas ficam de fora os casos em que o seguro se celebre para garantir uma responsabilidade do tomador perante a pessoa segura que não resulte directamente da lei mas antes, designadamente, de contrato.

1697 Na Alemanha, EHRENBURG, *VR I*, pp. 59-60 e 176-177, afirmava que só em certas classes de seguros razões de política legislativa exigiriam o interesse do segurado. Noutras, a questão do interesse não chegaria a colocar-se. O autor distinguia, nos seguros de capitais, aqueles em que deveria existir um interesse – mormente, os seguros de pessoas em que a pessoa segura é distinta do tomador – daqueles em que se dispensaria o interesse – entre os quais incluía os seguros sobre a própria vida ou integridade física. Mas, na verdade, o interesse também é necessário, nestes casos. Simplesmente, existe sempre, pelo que se torna desnecessário procurá-lo. Note-se que a referência ao interesse se prende com o entendimento, de parte da doutrina, de que a exigência de consentimento da pessoa segura seria uma concretização da exigência de interesse no seguro, que examino já em seguida. Esta obra de referência foi escrita pouco antes da redacção da VVG.

1698 DONATI, *Trattato III*, pp. 588-589, sustentava que a exigência do consentimento não se aplicava quando o interessado no seguro é o próprio terceiro cuja vida se segura, ou seja, que a exigência não se aplicaria aos seguros sobre a vida de terceiro celebrados por conta desse terceiro – o que abrangeria os seguros de grupo. No nosso regime actual, as dificuldades práticas de reunião de um número elevado de consentimentos escritos foram atenuadas com a ressalva dos casos em que o contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho constante do art. 43.º/3 LCS. De qualquer modo, pelo menos no nosso sistema não parece ser de seguir a posição de DONATI. A circunstância de o contrato se celebrar por conta do terceiro não impede as partes de estipularem as regras que entenderem no que respeita à determinação do beneficiário em caso de morte, que poderá ser, não a pessoa ou pessoas designadas pelo segurado, mas aqueles que resultarem da aplicação das regras injuntiva ou supletivamente estipuladas no contrato, *v.g.* os seus herdeiros, ou o seu cônjuge e descendentes. O perigo de criação, com a celebração de um contrato de seguro de vida, de um potencial incentivo ao homicídio da pessoa segura só existe nos casos em que esta seja pessoa distinta do beneficiário.

1699 A explicação tradicional da razão de ser da exigência legal do consentimento da pessoa segura encontra-se, por exemplo, em DREWS, *Zustimmung*, pp. 634 e 637. O seu propósito é o de impedir a celebração de seguros que possam constituir um incentivo à provocação do sinistro, exigindo-se o consentimento para assegurar: (i) que o visado toma conhecimento do seguro; e (ii) que pode ele próprio aferir da oportunidade de um tal seguro.

1700 Cfr. o disposto no art. 192.º LCS. Já os perigos de fraude ou de selecção adversa não se resolvem de todo por este meio, pelo menos nos casos em que o tomador-segurado coincida com a pessoa segura. Pense-se, por exemplo, no caso do doente terminal que celebra um seguro de vida milionário depois de saber que tem apenas alguns meses de vida, sonegando esta informação ao segurador. Ou

Alguns autores entendem que a exigência do consentimento da pessoa segura configura um mecanismo *alternativo* à aplicabilidade do requisito do interesse de seguro, que portanto o dispensaria.¹⁷⁰¹ Outros sustentam que a apresentação do consentimento da pessoa segura «faz presumir inilidivelmente» o interesse de seguro.¹⁷⁰² Outros ainda são da opinião de que a exigência do consentimento da pessoa segura corresponde antes a uma *concretização* do requisito do interesse nos seguros de pessoas – ou seja, que a exigência tem a sua razão de ser na necessidade de assegurar a existência do interesse seguro. Do que decorre, para alguns, que a falta de interesse poderia demonstrar-se por outra via.¹⁷⁰³

ainda no insolvente que, desesperado com a sua situação, celebra ou faz celebrar por terceiro um seguro sobre a sua vida, milionário ou nem isso, com o intuito de logo em seguida cometer suicídio. Para obviar a estes últimos ímpetus fraudulentos, estabeleceu-se na lei o «período de carência» do art. 191.º LCS.

- 1701 Cfr., por exemplo, KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 159 pp. 906-907 m. 5. Cfr. HÜLSMANN, *Wirksamkeitserfordernis*, pp. 501-505, para uma análise crítica da jurisprudência alemã sobre a matéria, que se tem pronunciado maioritariamente no sentido da rejeição do requisito do interesse em acréscimo ao requisito do consentimento da pessoa segura, nos seguros sobre a vida de terceiro, sustentando que o único requisito a aplicar é o que consta do § 159 II VVG. Cfr. OLG Celle 04.11.1993. Entre nós, MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 341-346, entende que o consentimento da pessoa segura dispensa o requisito do interesse de seguro. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 73-79 e 88-89, diz que, segundo o direito canadiano, o consentimento da pessoa segura é uma defesa válida contra a alegação de falta de interesse de seguro. Curiosamente, isentam-se deste escrutínio os seguros de grupo.
- 1702 DONATI, *Trattato II*, pp. 207-210, afirmava que o sistema do consentimento não renega o do interesse, antes o pressupõe e constitui apenas um desenvolvimento prático, substituindo a incerteza e prova difícil da existência do interesse. Na mesma linha, BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 437-438. A doutrina italiana dominante sustenta que é sempre necessário o requisito do interesse de seguro, simplesmente, para este autor, nos seguros sobre a vida própria, o interesse é *in re ipsa*, enquanto que, nos seguros sobre a vida de um terceiro, com a exigência do consentimento do terceiro, quis-se simplesmente eliminar a possibilidade de contestação, estabelecendo-se uma presunção *iuris et de iure* da existência do interesse. O mesmo afirmava DONATI, *Trattato III*, p. 588 (cfr. pp. 588-591). BASEDOW/FOCK, *Rechtsvergleich*, pp. 56-58, defendem na mesma linha que, nos seguros de capitais, o interesse é necessário mas pode não ser económico. Importante é antes a questão da seriedade da relação, daí a exigência do consentimento quando se trata de um seguro de vida sobre a pessoa de um terceiro. A consequência prática deste entendimento é semelhante à do anterior, dado que, para todos os efeitos, se trata o consentimento como uma dispensa da averiguação da existência de interesse.
- 1703 WAGNER em BRUCK/MÖLLER/WAGNER, *VVG VII*, pp. 516-518 mm. H23-25, afirma que, se tivesse ocorrido ao legislador a possibilidade de, sem interesse, um tomador celebrar por conta própria um seguro sobre a vida ou a integridade física de um terceiro, o legislador teria certamente disposto, neste ou noutro preceito, que o contrato apenas seria válido se o tomador tivesse um interesse na não ocorrência do sinistro. O autor entende que isso não aconteceu, dado que o legislador parece ter partido do princípio de que o interesse existiria sempre. Na senda de HECK, entende todavia que o requisito do interesse do tomador-segurado decorreria dos princípios gerais do direito das obrigações, na medida em que, tendo este unicamente um interesse na prestação do segurador, mas não na não ocorrência do sinistro, o seu interesse não seria digno de protecção legal. Explica ainda que, nesse caso, o segurador não suportaria qualquer risco, não podendo dizer-se que a possibilidade de morte ou de acidente da pessoa segura fosse um risco do tomador-segurado. No mesmo sentido, WINTER em BRUCK/MÖLLER/WINTER, *VVG V2*, §§ 159-178 pp. 195-196, 201 e 1062 mm. B101 e 115 e H7. O autor nota que não se trataria aqui de um interesse de seguro, no sentido técnico do termo. Em Espanha, a lei é clara no sentido de que o consentimento não será necessário se o interesse do segurado puder presumir-se de outra forma (art. 83.º LCSes).

Para além dos autores, recordemo-nos, que não aceitam de todo a aplicabilidade do conceito de interesse no domínio dos seguros de vida, sendo por conseguinte forçados a explicar este requisito por outras vias.¹⁷⁰⁴

Julgo, uma vez mais, que a análise desta questão não pode fazer-se sem a consciência da separação entre o contrato e a realidade envolvente. No contrato, em que o interesse é nota necessária de um seguro, a sua falta impedir-nos-ia de assim o qualificarmos. Mal estaríamos se, neste plano, o consentimento da pessoa segura pudesse influir determinantemente na qualificação de um contrato como um seguro. Uma aposta sobre a vida de uma pessoa não se aproxima, evidentemente, de um contrato de seguro pelo simples facto de essa pessoa consentir na sua celebração.

Passando agora ao que está fora do contrato, pense-se no exemplo, acima dado, da entidade empregadora proprietária de uma mina que faz segurar por um valor avultado, em benefício próprio, a vida de todos os seus trabalhadores mineiros, obtendo destes o seu consentimento.¹⁷⁰⁵ Como acima se disse, parece clara a inadmissibilidade deste seguro, fundada na desproporção entre o prejuízo patrimonial que uma morte, nestas circunstâncias, poderia causar ao segurado – a entidade empregadora – e o montante da indemnização que este receberia em caso de verificação dessa morte. Aqui, claramente, estar-se-ia perante um caso de uso indevido do mecanismo do seguro, tendo em vista o lucro da entidade empregadora à custa da morte dos trabalhadores que deveria proteger, numa actividade que ainda por cima se considera perigosa. Por razões evidentes de ordem pública, não parece ser de admitir que o simples facto de os trabalhadores terem dado o seu consentimento a este seguro possa justificar a sua admissibilidade, afastando a necessidade de um interesse seguro.¹⁷⁰⁶ Parece não poder concluir-se senão no sentido de que a exigência legal do consentimento da pessoa segura é um *maius* em relação ao requisito do interesse de seguro, quer no contrato, quer fora dele.¹⁷⁰⁷ A este argumento acresce, actualmente, o de a lei apontar claramente nesse sentido, ao dispor, no último

1704 Cfr. *supra* nn. 474-477.

1705 Cfr. *supra* o texto junto à n. 493.

1706 Nesse sentido, BAKER, *ILP*, p. 239, fazendo referência às ameaças implícitas de retaliação, por parte da entidade empregadora, que subverteriam o requisito do consentimento das pessoas seguras nos COLI (*corporate owned life insurance policies*).

1707 Não seria precisa muita imaginação para conceber numerosas hipóteses de obtenção do consentimento dos visados através do recurso a meios impróprios, designadamente, tais como qualquer uma das formas de usura a que faz referência o art. 282.º/1 CC.

número do artigo relativo ao requisito do interesse, que a pessoa segura tem «ainda» de dar o seu consentimento à cobertura do risco.¹⁷⁰⁸

A exigência do consentimento da pessoa segura não pode explicar-se unicamente recorrendo ao conceito de interesse e, mais especificamente, à simples conveniência de eliminar incentivos excessivos ao homicídio. Um exame sumário do nosso ordenamento conduz-nos rapidamente à conclusão de que, nas mais variadas áreas, deparamos constantemente com o que poderíamos descrever como potenciais incentivos ao homicídio – basta pensar em toda e qualquer pretensão à sucessão na herança de um terceiro, mas os exemplos multiplicam-se, desde as relações entre senhorios e inquilinos, entre vizinhos, na verdade entre os mais variados titulares e contitulares de situações jurídicas, activas ou passivas, reais ou creditícias. Mais do que de qualquer outra explicação, a exigência do consentimento da pessoa segura parece dever explicar-se como decorrência da dignidade da pessoa humana: impõe-se como reconhecimento de um direito de personalidade, a ter uma palavra a dar na questão de saber quem ficará a ganhar com a nossa morte.

Analisemos o regime do consentimento da pessoa segura. A lei exige a emissão, por esta, de uma declaração unilateral que autorize a celebração, pelo tomador, de um contrato de seguro sobre a sua vida.¹⁷⁰⁹ Isto é o que se exige. Contudo, no tratamento do consentimento a lei distingue duas modalidades: (i) a pessoa segura assina a proposta de seguro de que conste a designação beneficiária juntamente com o tomador do seguro; (ii) a pessoa segura presta o seu consentimento à celebração, pelo tomador, de um contrato de seguro sobre a sua vida, sem no entanto assinar a proposta de seguro de que conste a

1708 Cfr. o art. 43.º/3 LCS.

1709 Neste sentido, DONATI, *Trattato III*, p. 589. Cfr. ainda KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 159 pp. 906-908 mm. 3-12; KNAPPMANN, também em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 179 p. 1008 m. 9; e DREWS, *Zustimmung*, pp. 641-642. Este último autor analisa a natureza jurídica do consentimento escrito da pessoa segura, com referência ao disposto no § 159 II VVG. Nota que a lei utiliza a palavra *Einwilligung*, definida no § 183 BGB como significando consentimento prévio (*vorherige Zustimmung*). Por este motivo, não admite a posterior convalidação de um seguro de vida celebrado sem o necessário consentimento. Sustenta que este é uma declaração unilateral de vontade receptícia, no sentido do § 130 BGB. Que só tem sentido jurídico em conjunto com o contrato de seguro de vida, e que não carece de causa, pelo que se trata de um negócio jurídico abstracto. O autor afirma que a declaração de consentimento é livremente revogável pelo seu autor, mas só até à celebração do contrato de seguro. As suas conclusões são partilhadas por KOLLHOSSER. Discordo desta sua posição (cfr. *infra* n. 1713).

designação beneficiária.¹⁷¹⁰ Esta última modalidade bastará para cumprir o requisito legal. Todavia, a primeira será porventura a mais prudente e o caso mais frequente no mercado.

Estas modalidades correspondem a diferentes graus de concretização do consentimento da pessoa segura. Na primeira, o consentimento faz-se quanto àquele contrato de seguro, com aquele conteúdo e aquela designação beneficiária, pelo que quaisquer alterações a esta última carecerão de novo consentimento da pessoa segura.¹⁷¹¹ Deverá considerar-se que este visa abranger também os casos em que ocorre a revogação de uma designação beneficiária e a sua substituição por uma nova. Por identidade de razão, deverá estender-se este regime à cessão do direito ao capital seguro.¹⁷¹² Ou seja, carecem do consentimento da pessoa segura todos os casos em que há uma modificação subjectiva na titularidade do benefício. Na segunda modalidade de consentimento, este far-se-á em abstracto, relativamente à celebração de um qualquer seguro sobre a vida da pessoa segura, sem ter em atenção a identidade do beneficiário, pelo que as alterações à designação beneficiária deverão apenas ser-lhe comunicadas – entenda-se, para que lhe seja dada a oportunidade de, querendo-o, revogar o seu consentimento.¹⁷¹³

Nos casos em que o consentimento da pessoa segura não incida, em abstracto, sobre a possibilidade de celebração de um seguro sobre a sua vida, prestando a pessoa segura o seu consentimento relativamente à celebração de um determinado contrato de seguro,

1710 Cfr. o art. 199.º/4 e 5 LCS. Se for a própria pessoa segura a designar o beneficiário isso significa que esta será também o segurado, pelo que, naturalmente, será ela própria a alterar a cláusula beneficiária, se e quando entender, de acordo com a regra do art. 199.º/1 LCS.

1711 A redacção do art. 199.º/4 e 5 LCS é mais feliz do que a do art. 11.º/2 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. A lei anterior referia-se ao consentimento para a «transmissão» da posição de beneficiário. É certo que se contemplavam no preceito os casos de transmissão *inter vivos* e *mortis causa* do direito ao benefício mas já então se entendia que a regra ia muito para além desses casos. VAZ SERRA, CFT, pp. 135 e 138-139, pronunciara-se genericamente contrário à transmissibilidade supletiva da posição do terceiro beneficiário, em quaisquer circunstâncias. LEITE DE CAMPOS, CFT, pp. 148-150, mostrara-se favorável à ideia de que o terceiro beneficiário de um contrato a favor de terceiro podia em geral transmitir *inter vivos* a sua posição a outrem, mas entendia não ser esse o caso na generalidade dos seguros de vida, dado o seu carácter previdencial. A transmissibilidade ou intransmissibilidade, *inter vivos* ou *mortis causa*, da posição do terceiro beneficiário deve resultar da interpretação do contrato. É meramente supletiva, quanto a esta última, a regra do art. 451.º/2 CC. As dúvidas que pudessem subsistir foram afastadas pelo disposto no art. 196.º/1 LCS.

1712 Permitida nos termos do disposto no art. 196.º/1 LCS.

1713 Entendo que o consentimento da pessoa segura pode ser revogado a todo o tempo, porque me parece, como disse acima, que o direito de decidir sobre a celebração, ou manutenção em vigor, de um contrato de seguro sobre a própria vida deve qualificar-se como um direito de personalidade. Em caso de revogação, deve aplicar-se o disposto no art. 78.º/2 CC. Uma precisão: se, em lugar de assinar a proposta de seguro, a pessoa segura assinar um documento à parte, de cuja interpretação resulte que o seu consentimento se refere àquele contrato de seguro, com aquele conteúdo e aquele beneficiário, deverá aplicar-se-lhe o regime do art. 199.º/4 e não o do art. 199.º/5 LCS.

com o seu conteúdo e a sua designação beneficiária, vimos que a pessoa segura deverá prestar o seu consentimento à eventual substituição do(s) terceiro(s) beneficiário(s) ou a qualquer outra alteração à cláusula beneficiária. Este seu consentimento não a transforma em parte no contrato. Tão-pouco se lhe reconhece qualquer direito de exigir ao segurador o seu cumprimento: não se estende à pessoa segura a força normativa do contrato. Todavia, uma vez que se exige o seu consentimento para a designação ou substituição de terceiro(s) beneficiário(s), deve também reconhecer-se-lhe – e aos seus herdeiros – o direito de ver a situação corrigida, ou em alternativa o direito a uma indemnização, em caso de cumprimento defeituoso da designação beneficiária.

Imagine-se que foram celebrados junto de um único segurador dois seguros sobre as vidas de duas estrelas de cinema, António e Bento. No primeiro contrato, era segurado e beneficiário o produtor do filme, ainda em fase de produção, de que era cabeça de cartaz António.¹⁷¹⁴ O segundo fora celebrado pelo próprio Bento, em benefício de uma terceira estrela de cinema, Carlos. Morrendo subitamente António, o segurador, desorientado com os excessos da comunicação social, acaba por entregar o capital seguro a Carlos, e não ao beneficiário legítimo, o produtor Damião. Este não se queixa, com receio de um escândalo. Terão os herdeiros de António o direito de exigir do segurador algum protagonismo na correcção da situação, sob a forma de uma acção por enriquecimento sem causa contra Carlos, por forma a impedi-lo de lucrar com a morte de António? Perante a eventual impossibilidade de semelhante correcção, terão eles o direito de exigir a correspondente indemnização ao segurador desatento? Outros exemplos se vislumbam. Pense-se que o pagamento fora feito ao beneficiário legítimo do seguro, Damião. Contudo, uns tempos depois, este vem a ser condenado pelo homicídio de António. Esta condenação libertaria naturalmente o segurador do dever de lhe pagar o capital seguro.¹⁷¹⁵ Ora, o segurador pode entender que, uma vez efectuado o pagamento, não se justifica dispendir os recursos humanos e financeiros necessários à reclamação dos montantes pagos, dado que em caso algum os poderia guardar para si, devendo antes

1714 Sobre as particularidades do chamado *cast insurance*, cfr. HUBBART, *Insurance and Motion Pictures*, pp. 267-304. Cfr. *supra* n. 1627.

1715 Cfr. o art. 192.º LCS.

entregá-los a quem de direito.¹⁷¹⁶ Poderão os herdeiros da pessoa segura exigir ao segurador a correcção da situação?

Julgo que a resposta a ambas as questões será afirmativa, com base no argumento de que, ao prestar o seu consentimento à celebração de um contrato de seguro, concretamente identificado, sobre a sua própria vida, com o seu conteúdo e a sua designação beneficiária, a pessoa segura fá-lo no pressuposto de que será aquele, e não outro, o beneficiário do contrato. De contrário, esvaziar-se-ia de sentido a exigência legal do consentimento da pessoa segura, abrindo-se a porta a que as partes, na sombra de um contrato de seguro, combinassem semelhantes futuros «lapsos» do segurador.

Coloca-se então a questão de saber se esta protecção de que goza a pessoa segura, que é um terceiro perante o contrato, sem qualquer direito, estipulado no contrato, de fazer valer os seus termos, será suficiente para qualificar este seguro como um contrato com eficácia protectora de terceiro. Não se trataria, naturalmente, de um típico dever de protecção da integridade pessoal ou patrimonial do terceiro.¹⁷¹⁷ Ainda assim, a protecção incidiria sobre o direito de personalidade a que há pouco fiz referência. Por outras palavras, estaria em causa, nestes casos, um dever de protecção consubstanciado num dever de respeito pelos termos em que o terceiro prestou o seu consentimento. A questão prende-se, em última análise, com a amplitude a dar à categoria dos contratos com eficácia protectora de terceiro. Mais importante do que a sua qualificação me parece ser a chamada de atenção para esta tutela que o sistema confere à pessoa segura de cujo consentimento faz depender a validade de certas classes de seguros de pessoas.

6.4. Direitos de terceiros de fonte «paracontratual»: a acção directa

6.4.1. Em geral

A criação e o desenvolvimento da figura da acção directa devem-se à jurisprudência e à doutrina francesas.¹⁷¹⁸ A distinção entre os direitos de acção directa e os direitos nascidos

1716 Cfr. o art. 192.º LCS. Para a determinação do titular do direito ao benefício seguir-se-á o regime da designação beneficiária.

1717 Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Deveres de Protecção*, maxime pp. 143-155.

1718 Reconhece-o MÖLLER, *Einführung*, p. 419; e *Double Nature*, p. 249. Em *Rechte Dritter*, p. 19, utiliza mesmo para designar o instituto a expressão francesa *action directe*. O termo alemão *Direktklage* é usado, designadamente, por SIEG, também em *Rechte Dritter*, a pp. 60-62. Já BAYER, *Vz Dritter*, p. 173; ou DEUTSCH, *VVR*, p. 71, preferem o termo *Direktanspruch*. O conceito terá sido pela primeira vez

de um contrato a favor de terceiro nem sempre foi clara.¹⁷¹⁹ Para essa falta de clareza contribuiu em muito a circunstância de, numa primeira fase, os tribunais franceses terem frequentes vezes recorrido ao mecanismo da «estipulação tácita» para terceiro em situações em que o reconhecimento de um direito a um terceiro lhes parecia um imperativo de justiça.¹⁷²⁰ Em finais do séc. XIX, encontramos um bom exemplo desta prática dos tribunais nos contratos de seguro de acidentes pessoais contratados por alguns empregadores, em que eram pessoas seguras os respectivos trabalhadores, e que cobriam os acidentes de trabalho que não dessem azo a responsabilidade civil dos empregadores, nos quais os seguradores faziam inserir cláusulas que excluía a existência de quaisquer direitos dos trabalhadores directamente contra os seguradores. Não obstante a declaração expressa em contrário, os tribunais consideraram, por várias vezes, que existiria nestes casos uma estipulação para terceiro.¹⁷²¹

usado pela doutrina francesa na primeira metade do séc. XIX. Neste sentido, JAMIN, *Action Directe*, p. 364; e *Brèves Réflexions*, p. 263. Sobre a história da acção directa em França veja-se JAMIN, *Brèves Réflexions*, pp. 268-280; BAUERREIS, *Action Directe*, pp. 35-108; e ainda FLATTET, *CCA*, pp. 175-194. Cfr. ainda, para uma análise mais detalhada do instituto, as monografias *Action Directe*, de COZIAN; e *Action Directe*, de JAMIN. E por último GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 1163-1289.

1719 Cfr. GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, p. 466, que junta, sob a designação de contratos a favor de terceiro, aplicando-lhes o respectivo regime, os contratos em que a pretensão do terceiro se funda numa estipulação das partes e aqueles em que a pretensão do terceiro tem outra origem.

1720 FLATTET, *CCA*, pp. 41-42. Cfr. KÖTZ, *ECL*, pp. 254-255. O autor dá exemplos, retirados da jurisprudência francesa, de direitos de acção de terceiros não baseados na intenção das partes, o primeiro dos quais o instituto da acção directa. Observa que este direito de acção começou por ser reconhecido pelos tribunais com base numa ficção de existência de um contrato a favor de terceiro. Este subterfúgio não é um exclusivo da jurisprudência francesa. Acabámos de verificar que foi muito semelhante o surgimento do contrato com eficácia protectora de terceiro na Alemanha.

1721 LEITE DE CAMPOS, *CFT*, p. 97, comentando os avanços da jurisprudência francesa e alemã, sustenta que o aproveitamento do regime legal do contrato a favor de terceiro para um reconhecimento do que chama contratos a favor de terceiro *ex lege* seria «um verdadeiro abuso» visto que «[o] benefício para o terceiro há-de resultar da vontade das partes, determinada através dos normais processos de interpretação». Admite, com restrições, o recurso da lei às presunções de contrato a favor de terceiro. E conclui que «[t]ambém não se poderá falar (...) de contrato a favor de terceiro, quando é a lei que, servindo-se embora da acção das partes, vai atribuir o direito ao terceiro.» (p. 98). Sobre o reconhecimento das acções directas no domínio dos seguros de acidentes pessoais, veja-se JAMIN, *Action Directe*, pp. 64-71; e *Brèves Réflexions*, pp. 269-270.

Actualmente, a distinção já não oferece dúvidas em França.¹⁷²² A estipulação para terceiro é isso mesmo – uma estipulação das partes – enquanto o direito de acção directa é algo que o ordenamento reconhece a um terceiro independentemente da intervenção das partes num contrato.¹⁷²³ Dogmaticamente, a doutrina francesa sublinha a distinção encontrando, no primeiro caso, no contrato, que é como quem diz, no poder normativo das partes, a fonte da pretensão do terceiro, e identificando como fonte da pretensão do

1722 Sobre a distinção entre a acção directa e a estipulação para terceiro, vejam-se, por todos, GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 396-399. MONTCHARMONT, *Assurance pour Compte* (1931), pp. 139-142, já traçava uma fronteira clara entre ambas as figuras. O autor entendia que, embora, com o reconhecimento generalizado da acção directa num seguro de responsabilidade civil, a posição do terceiro lesado se assemelhasse na prática à do terceiro-segurado num seguro por conta, as duas figuras mantinham-se distintas. Na primeira, o tomador contratava no seu próprio interesse, ou no de um terceiro-segurado, estendendo a lei os efeitos do contrato ao terceiro lesado. No segundo, o interesse contratualmente protegido era, desde logo, o do terceiro-segurado. Em Itália, cfr., por exemplo, FRANZONI, *Terzi*, p. 1241. Em Portugal, a distinção entre a acção directa e o contrato a favor de terceiro já aparecia, se bem que não em termos totalmente claros, em PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 81-93. Na jurisprudência e doutrina portuguesas, é no entanto muito frequente encontrar exemplos de uma insuficiente distinção de ambas as figuras. Pode dizer-se que, até há bem pouco tempo, era jurisprudência pacífica, no nosso país, a qualificação do contrato de seguro de acidentes de trabalho como um seguro de responsabilidade civil a favor de terceiro, quando na verdade essa qualificação só procede se qualificarmos este seguro como um seguro de acidentes pessoais, caso em que os trabalhadores seriam terceiros-segurados, e não como um seguro de responsabilidade civil, caso em que seriam meros terceiros-lesados. Cfr. os acórdãos referidos *infra* n. 1862 e a posição que tomo *infra* no texto a seguir à n. 2314. Recentemente, ALBUQUERQUE MATOS, *Seguro Obrigatório*, pp. 601-624; e J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 157-160 n. 763, vêm rejeitar a qualificação do seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação como um contrato a favor de terceiro, na medida em que o benefício atribuído ao terceiro neste seguro teria neste caso «fonte na lei» e não no contrato, afastando a lei certos traços estruturais dessa figura, em razão da tutela acrescida que se entendeu conferir, neste caso, ao lesado. BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, pp. 794-798, criticava já veementemente a justificação da acção directa do lesado contra o segurador de um seguro de responsabilidade civil com base no recurso à figura do contrato a favor de terceiro. O autor observava que também entre nós foi por via jurisprudencial que se fixou nalguns casos o direito de acção directa do terceiro lesado, na medida em que, não obstante ser jurisprudência unânime o seu reconhecimento, este não resultava, nem de imposição legal, nem da interpretação do contrato. Na doutrina, CUNHA GONÇALVES, *Tratado XIII*, pp. 197-198, demonstrava igual dose de boa vontade, ao sustentar que a vítima podia demandar directamente o segurador de responsabilidade civil até à concorrência do capital seguro, apesar da ausência de disposição legal que expressamente o consagrasse. O autor retirava esta conclusão «sem embargo da obscura e incorrecta redacção do § 2 do art. 138.º do Código da Estrada» (p. 197). Concluía ainda que o contrato de seguro de responsabilidade civil era em parte um contrato a favor de terceiro – a favor da vítima eventual (p. 198). De resto, já víamos que, em parte, as dúvidas que a nossa doutrina tem levantado acerca da qualificação dos seguros obrigatórios de acidentes de trabalho ou de acidentes de viação como seguros a favor de terceiro nem sempre se fundam nas melhores razões. Cfr. *supra* n. 1365.

1723 LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 480-481. A autora sustenta que, embora a existência do direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador do responsável se subordine à existência de um contrato – neste caso de seguro – e só possa exercer-se dentro dos seus limites, o fundamento do direito de acção directa estaria na lei e decorreria, directamente, do seu direito à reparação do prejuízo causado pelo acidente pelo qual se responsabilizou o segurado.

terceiro, no segundo caso, a própria ordem jurídica, ou seja a lei e, por vezes, a jurisprudência.¹⁷²⁴

«A vontade individual não é a única causa de efeitos para outrem. A lei também pode fazê-los nascer, tomando em consideração o interesse de outrem. É o que acontece com as acções directas.»¹⁷²⁵

Nesta dicotomia, com fortes raízes na doutrina francesa, privilegia-se a distinção entre a auto-regulação e a hetero-regulação, contrapondo como fontes, paradigmaticamente, o contrato e a lei. Esta dicotomia tem sido alvo de críticas difíceis de contornar.¹⁷²⁶ Na verdade, as fontes do direito são sempre isso mesmo, *fontes do direito*, inclusive quando um contrato dá origem a uma obrigação ou outra situação jurídica. E as *fontes das obrigações* são, na classificação tradicional, o negócio jurídico, o enriquecimento sem causa, os factos geradores de responsabilidade civil, etc. Não há, pois, que contrapor «lei» e «contrato». De qualquer modo, cumpre retirar dos ensinamentos da doutrina francesa que à fonte estritamente contratual da situação do terceiro num contrato a favor de terceiro se contrapõe a fonte extracontratual ou «paracontratual» da posição do terceiro titular de um direito de acção directa. Com esta última expressão, que adiante se tornará mais clara, pretendo referir-me aos casos em que a situação activa do terceiro não é estipulada pelas partes no contrato, decorrendo no entanto do direito objectivo que a existência do contrato, juntamente com outras circunstâncias, determinam a sua constituição.

É essencial perceber que, no sistema de onde provém, foi por oposição à *action oblique* que surgiu e que ainda hoje se posiciona a figura da *action directe*.¹⁷²⁷ Numa acção directa, um

1724 Neste sentido, GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 397. Os autores afirmam que as acções directas podem ter «fonte legal ou jurisprudencial». No domínio dos seguros, cfr. ainda FONTAINE, *Synthèse*, p. 440.

1725 FLATTET, *CCA*, p. 40. Este é, obviamente, um instituto distinto do que entre nós se encontra, com o mesmo nome, no art. 336.º CC.

1726 Cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, pp. 400-405. O autor parte da «constatação evidente» de que sem norma não há realidade jurídica alguma, defendendo que não se deve «perder o sentido da teoria das fontes das obrigações na redundância da recondução do fundamento da sua jurídica-positividade à lei ou a normas». Sustenta que as «fontes das obrigações são factos jurídicos dotados de eficácia constitutiva obrigacional» (p. 403). É claro que outro tanto pode dizer-se quanto às fontes das restantes atribuições.

1727 Neste sentido, PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 562-563 (cfr. 562-608). Sobre a caracterização da acção sub-rogatória, no sistema jurídico português, como uma acção indirecta ou oblíqua, cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*, pp. 71-73. Este instituto, que confere ao credor a possibilidade de se substituir ao seu devedor no exercício dos direitos de conteúdo patrimonial contra terceiro, caso o próprio devedor não o faça, sempre que esse exercício seja essencial à satisfação ou garantia do seu

credor pode substituir-se ao seu devedor, exigindo por direito próprio a realização da prestação que lhe é devida por um terceiro, devedor do seu devedor.¹⁷²⁸ Note-se que ambas as acções, não obstante a respectiva designação, correspondem a pretensões de natureza substantiva e não processual – que podem fazer-se valer dentro e fora dos tribunais.¹⁷²⁹ Uma vez que, normalmente, podemos agir directamente contra outrem, sem passar por um intermediário, para que a expressão retenha algum sentido continua a ser importante reduzi-la ao contraponto da acção oblíqua, o que implica reservar o uso da expressão, outrora como agora, aos casos em que um credor pode agir directamente *contra um devedor do seu devedor*.¹⁷³⁰

É costume resumir do seguinte modo as principais diferenças entre uma acção directa e uma acção oblíqua: 1. Na acção directa, o *debitor debitoris* não pode opor ao credor os meios de defesa fundados na sua relação com o devedor. 2. O seu exercício produz efeitos directamente na esfera jurídica do credor sem passar pela do devedor.¹⁷³¹ A segunda asserção é exacta: protege-se assim este credor em detrimento dos restantes credores quirografários do devedor.¹⁷³² A primeira já não o é: a inoponibilidade dos meios de defesa não é um elemento definidor de uma acção directa.¹⁷³³ É certo que, não tendo por fonte o contrato, o direito do credor não se encontra necessariamente circunscrito pelo do seu devedor. Contudo, a maior ou menor amplitude com que o regime de

crédito face ao devedor, foi introduzido entre nós por influência dos ordenamentos francês e, sobretudo, italiano (cfr. pp. 64-67). Não existe nos sistemas de matriz germânica ou anglo-americana. Em França, ao instituto da actuação em sub-rogação genericamente regulado no art. 1166 CCfr é dada a designação de *action oblique*. Sobre o instituto, vejam-se, na doutrina francesa, PLANIOL/RIPERT, *Obligations*, pp. 203-228; DEMOGUE, *Obligations*, pp. 298-403; e, mais recentemente, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Obligations*, pp. 1089-1102.

1728 MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*, pp. 73-80. JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 297, afirma que, na acção directa, se exerce um direito próprio circunscrito por um direito duplamente derivado: (i) na relação jurídica entre o devedor e o respectivo devedor; (ii) na relação jurídica entre o devedor e o credor. Sobre a acção directa, veja-se, entre nós, ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, pp. 161-181.

1729 COZIAN, *Action Directe*, pp. 15-23, observa que a expressão *action directe* data de um tempo em que se confundiam os direitos e as acções de que se dispunha para os fazer valer, mas que se trata aqui sem dúvida de um direito substantivo do credor contra o devedor do seu devedor. O mesmo pode dizer-se da acção sub-rogatória. Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*, pp. 64 e 66.

1730 Conclui-o COZIAN, *Action Directe*, pp. 15-23.

1731 Entre nós, veja-se, por exemplo, neste sentido, VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, p. 189; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 852 n. 1; ou ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, pp. 168-169.

1732 ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, pp. 163-164, afirma que a acção directa funciona como um privilégio concedido a certos credores em reforço da sua garantia, na senda de VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, p. 189.

1733 Neste sentido, CORBISIER, *Recherche*, p. 325.

inoponibilidade dos meios de defesa se encontra delineado variará consoante os casos e as opções do legislador.¹⁷³⁴

Nos primeiros tempos após a entrada em vigor do *Code Napoléon*, a doutrina francesa via nas determinações legais específicas do direito de acção do proprietário contra o sublocatário, dos operários contratados pelo empreiteiro contra o dono da obra, e do mandante contra o substituto do mandatário, simples aplicações do instituto da acção oblíqua.¹⁷³⁵ Esse entendimento foi posteriormente contestado, pela jurisprudência e doutrina, com o argumento de que colocaria o credor responsável pela criação do valor em causa em igualdade de circunstâncias com os demais credores do devedor, resultado que se tinha por profundamente injusto.¹⁷³⁶ Passou então a interpretar-se generalizadamente os referidos preceitos como concedendo ao credor em causa um direito de acção directa contra o devedor do seu devedor. Dizer-se, de uma pessoa, que tem um direito de acção directa contra alguém significa, literalmente, dizer que essa pessoa pode agir contra uma pessoa sem ser por intermédio de outrem. Daí a designação «acção directa».¹⁷³⁷ O mesmo raciocínio foi aplicado, como veremos, no domínio do direito dos seguros de responsabilidade civil.¹⁷³⁸

1734 No domínio dos seguros, cfr. a análise *infra* no texto a partir da n. 1869. Outros aspectos do seu regime variarão consoante os casos. ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, p. 164, sustenta, por exemplo, que o exercício do direito de acção directa pressupõe o inadimplemento por parte de ambos os devedores (o devedor propriamente dito e o *debitor debitoris*). Mas nem sempre assim é. Veja-se o caso do seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação (art. 64.º/1/a) do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto). O direito de acção directa do lesado contra o segurador do responsável não pressupõe qualquer inadimplemento, determinando-se, pelo contrário, que o exercício desse direito seja o modo normal ao dispor do credor para exigir a indemnização. Não se trata aqui de uma mera garantia.

1735 Cfr. os arts. 1753 (acção do proprietário contra o sublocatário); 1798 (acção dos operários contratados pelo empreiteiro contra o dono da obra); e 1994 (acção do mandante contra o substituto do mandatário) CCfr. Segundo JAMIN, *Brèves Réflexions*, pp. 268-270, estas disposições não têm antecedentes no direito romano, sendo criação do legislador do *Code Napoléon*. Em Portugal, veja-se o art. 1063.º CC (acção do proprietário contra o sublocatário). Não obstante a inexistência de disposição legal expressa, alguma doutrina reconhece a existência de uma acção directa do subempreiteiro contra o dono da obra e deste contra o subempreiteiro, o que é um pouco distinto da acção do *Code Napoléon*. Sobre a acção directa no subcontrato, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, pp. 170-181. Por fim, temos o art. 1181.º/2 CC (acção do mandante contra os devedores do mandatário em contratos celebrados no exercício do mandato). Trata-se também de algo não totalmente idêntico ao disposto no *Code Napoléon*. Para uma contraposição entre a acção directa e a acção sub-rogatória ou oblíqua, vejam-se, entre nós, VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, pp. 153 e 189-190; ROMANO MARTINEZ, *Subcontrato*, pp. 168-169; e SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, pp. 35-38.

1736 JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 270.

1737 A introdução do conceito e a denominação do instituto são comumente atribuídas a DURANTON. Cfr. o seu *Traité II*, p. 34.

1738 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1793.

Grande parte da doutrina francesa atribui às acções directas um carácter «excepcional». A falta de ligação entre os titulares activo e passivo da acção directa situá-las-ia no campo das «excepções» ao princípio do efeito relativo dos contratos.¹⁷³⁹ Há todavia quem sustente que não se trata de excepções, mas de um complemento necessário e corrector da inflexibilidade dos princípios da relatividade dos contratos e da igualdade entre credores, constantes, respectivamente, dos arts. 1165 e 2092 CCfr.¹⁷⁴⁰

A história da acção directa pode dividir-se em três épocas: (i) a época da teoria exegética da acção directa; (ii) a época da teoria legalista da acção directa; e (iii) a época da teoria doutrinária da acção directa.¹⁷⁴¹ Na primeira época, a doutrina procurou justificar o instituto recorrendo a algumas figuras do código francês. As mais significativas foram o contrato a favor de terceiro e a gestão de negócios.¹⁷⁴² Na segunda época, abandonaram-se em definitivo as anteriores explicações, compreendendo a doutrina que não poderia reconduzir-se a acção directa a outras figuras do *Code Civil*. Passou a procurar o seu fundamento único em lei especial. Contudo, apenas das acções directas de criação mais recente pode dizer-se, e somente nalguns casos, que recebem um fundamento legislativo autêntico. As restantes são exemplos do vigor criativo, *praeter* e nalguns casos mesmo *contra legem*, da jurisprudência dos sécs. XIX e XX.¹⁷⁴³ Na terceira época, sustenta alguma doutrina que a acção directa seria a expressão de um reconhecimento dos «grupos de contratos»: desenvolve-se a ideia de que o terceiro em relação a um contrato teria o direito de acção por virtude de outro contrato que teria celebrado com pelo menos uma das partes do primeiro e que ambos os contratos fariam parte de um mesmo «grupo». Mas a verdade é que a acção directa surge com idêntica facilidade na ausência de quaisquer «grupos de contratos».¹⁷⁴⁴ Alguma doutrina mais recente rejeita as anteriores

1739 FLATTET, *CCA*, p. 176.

1740 JAMIN, *Action Directe*, pp. 288-290; e *Brèves Réflexions*, p. 264. Cfr. ainda GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 1222-1224. O princípio da relatividade dos contratos encontra-se entre nós no art. 406.º/2 CC. O princípio da *par condicio creditorum* encontra-se no art. 609.º CC.

1741 A divisão pertence a JAMIN, *Brèves Réflexions*, pp. 268-280. Cfr. ainda GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 1166-1188.

1742 JAMIN, *Action Directe*, pp. 51-54.

1743 JAMIN, *Action Directe*, p. 364; e *Brèves Réflexions*, pp. 269-270. Actualmente é generalizado o reconhecimento de que a acção directa é uma criação pretoriana. Cfr. JAMIN, *Action Directe*, p. 57; e JEAN BEAUCHARD, em BIGOT, *Traité III*, pp. 1210-1211.

1744 JAMIN, *Action Directe*, p. 366.

explicações doutrinárias e propõe uma explicação que permitiria encontrar a unidade dogmática da figura.¹⁷⁴⁵

«[A] acção directa, que necessita da existência de uma relação ao menos triangular, deve poder admitir-se em dois tipos de situações:

- Quando um credor *transfere um valor* para o património do devedor do seu devedor e existe uma ligação suficiente entre o aumento de valor do património deste subdevedor e a actuação do credor (...);
- Quando um credor aumenta voluntariamente o valor do património do seu devedor imediato por uma acção (...) que encontre a sua origem numa relação contratual entre o devedor imediato e o subdevedor e de que este seja o *destinatário final* (...).

Só estes dois critérios justificam a admissão de autênticas acções directas para além de textos especiais. (...) [U]m e outro põem em prática um princípio de justiça comutativa: *transferência de valor que carece de contrapartida no primeiro caso; dano sofrido que postula o restabelecimento do equilíbrio quebrado no segundo*».¹⁷⁴⁶

Esta análise colhe alguma inspiração na classificação tradicional das acções directas em dois grupos: (i) acções conferidas a quem tenha fornecido ao seu devedor a matéria de um contrato que este celebrou com um terceiro; (ii) acções conferidas a quem tenha contribuído para fazer surgir na esfera do seu devedor um crédito contra um terceiro.¹⁷⁴⁷ Exemplos clássicos do primeiro: a acção directa do proprietário contra o sublocatário¹⁷⁴⁸ e a acção directa dos operários contratados pelo empreiteiro contra o dono da obra.¹⁷⁴⁹ Exemplo clássico do segundo: as acções directas dos terceiros lesados contra os

1745 JAMIN, *Brèves Réflexions*, pp. 280-302. Cfr. *supra* n. 1718.

1746 JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 295. Os seguros de responsabilidade civil inserir-se-iam no segundo destes critérios. Cfr. ainda *Action Directe*, pp. 288-290.

1747 LABBÉ, *Privilèges Spéciaux*, *maxime* p. 679. Na verdade, a construção do autor assentava na ideia de que estes mecanismos corresponderiam a privilégios especiais e não a verdadeiros direitos de acção directa, mas a tese não vingou. É curiosa a informação prestada por JAMIN, *Action Directe*, p. 53, de que o reconhecimento de um simples privilégio do terceiro lesado sobre o montante da indemnização foi energicamente rejeitado pela jurisprudência e doutrina, com o argumento de que não poderia admitir-se um privilégio sem um texto legal que lhe desse origem. Cfr. ainda FLATTET, *CCA*, p. 181.

1748 FLATTET, *CCA*, pp. 182-184.

1749 FLATTET, *CCA*, pp. 184-185.

seguradores de responsabilidade civil.¹⁷⁵⁰ Numa outra construção, distingue-se entre as acções directas em pagamento (*actions directes en paiement*) e as acções directas em responsabilidade (*actions directes en responsabilité*).¹⁷⁵¹ As primeiras, respeitantes a uma pretensão primária e as segundas a uma pretensão secundária do credor. De acordo com esta divisão, situar-se-ão entre as primeiras as acções directas dos terceiros lesados contra os seguradores de responsabilidade civil.¹⁷⁵² A sua classificação não é totalmente isenta de dúvidas, na medida em que o lesado tem antes de mais uma pretensão secundária a ser indemnizado pelo responsável. Todavia, o seu direito de acção directa respeita ao exercício de uma pretensão primária contra o segurador fundada no contrato de seguro, seja ela do tomador e/ou do segurado.

A circunstância de os direitos de acção directa não se fundarem no poder normativo das partes determina algumas importantes diferenças de regime relativamente ao contrato a favor de terceiro. Desde logo, nenhum dos contraentes tem, naturalmente, o direito de revogar o benefício,¹⁷⁵³ sendo-lhes, por conseguinte, inaplicável o art. 448.º CC. Tratando-se de direito injuntivo, o terceiro também não tem o direito de rejeitar o «benefício», podendo embora optar, naturalmente, por não exercer o seu direito de acção ou por rejeitar a prestação.¹⁷⁵⁴ Assim como não pode rejeitar o seu direito, também perde significado a figura da adesão a uma promessa que, no caso, nem existe. Também não teria sentido, pois, a aplicação do art. 447.º CC. Os defensores de uma interpretação literal do requisito do interesse do estipulante tão-pouco vão procurar, nestes casos, qualquer interesse na esfera dos contraentes, visto não ser de estipulações suas que parte

1750 FLATTET, *CCA*, pp. 188-189.

1751 GHÉSTIN/JAMIN/BILLIAU, *Effets*, pp. 1229-1260; BAUERREIS, *Action Directe*, pp. 81-108; e WINTGEN, *Opposabilité*, p. 294. DALCQ, *Actions Directes*, p. 303; e FONTAINE, *Synthèse*, p. 440, esclarecem que esta distinção é desconhecida na Bélgica.

1752 Neste sentido, BAUERREIS, *Action Directe*, pp. 86-90. O mesmo diz da acção directa dos credores privilegiados e hipotecários contra o segurador de um seguro de coisas, consagrada no art. L.121-13 CAfr (p. 87).

1753 Nesse sentido, FONTAINE, *Synthèse*, pp. 438-439. TOURNOIS, *Direct Actions*, p. 196, nota que, no direito francês, é imperativa a regra constante do preceito de onde se retira – já vimos, e melhor veremos adiante, que não com total propriedade – a existência de um direito de acção directa em todos os seguros de responsabilidade civil: o art. L-124-3 CAfr (que reproduz o art. 53 LCSfr). Sobre este preceito, cfr. MAZEAUD/CHABAS, *Obligations*, pp. 915-916. A posição incontestada da doutrina e jurisprudência francesas é a de que este preceito confere ao terceiro lesado uma acção directa contra o segurador, embora, literalmente, o preceito apenas impeça o segurador de pagar a indemnização a outrem que não o terceiro lesado, a menos que este já tenha sido integralmente ressarcido.

1754 Neste sentido, GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 399.

o direito do terceiro.¹⁷⁵⁵ Se dúvidas restassem, seria despropositado o enquadramento deste instituto no próprio art. 443.º CC. Finalmente, os meios de defesa de que o titular passivo da acção directa dispõe contra a sua contraparte não são necessariamente oponíveis ao titular activo do direito de acção directa.¹⁷⁵⁶ O que significa que não tem aplicação o disposto no art. 449.º CC. Do regime jurídico de cada uma das acções directas concretamente existentes irá depender a existência de outras diferenças. Por exemplo, pode ser distinto o prazo de prescrição a que está sujeito o direito de acção directa, podendo dar-se o caso de o terceiro poder agir contra o titular passivo de um dever prescrito perante o seu próprio devedor (ou o inverso).¹⁷⁵⁷

Assim se vê que é desprovida de sentido a arrumação sistemática das verdadeiras acções directas, de fonte paracontratual, sob a égide do contrato a favor de terceiro. A questão não é terminológica: existe um regime legal associado à figura que, como vimos, no caso das verdadeiras acções directas, teria de ser afastado. Por outro lado, também em nada beneficia o rigor da expressão a genérica qualificação, como acções directas, das situações jurídicas activas de um terceiro fundadas num contrato a favor de terceiro. Trata-se de

1755 GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, p. 399.

1756 GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 397-398, descrevem o regime mais favorável da acção directa, no sistema francês, no que respeita à inoponibilidade de certas excepções pelo segurador contra o terceiro lesado. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 3 PflichtVersG p. 1623 m. 4, sublinha que a circunstância de a acção directa não se fundar nas estipulações das partes leva à conclusão de que não se aplica a regra da oponibilidade, ao terceiro, dos meios de defesa do segurador contra o tomador. Mas algumas são oponíveis. Cfr. *infra* n. 1872. MÖLLER, *Double Nature*, p. 256, fornecia alguns exemplos de excepções oponíveis ao terceiro: o montante do capital seguro, o respectivo âmbito territorial, a exclusão relativa aos familiares e auxiliares do segurado.

1757 FONTAINE, *Assurances*, p. 325, observa que, em direito belga, o direito de acção directa do lesado contra o segurador está sujeito a um regime específico de prescrição. VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 367-368, ao tratar a questão das prescrições, explicava que o direito à prestação do segurador estava sujeito ao prazo de prescrição ordinário de 20 anos (art. 309.º CC). Já o direito do terceiro lesado à indemnização do segurador estava sujeito ao prazo de prescrição de três anos a contar da data do conhecimento de que o direito lhe compete (art. 498.º/1 CC). Cfr. *infra* n. 1864. Com efeito, parece que, na falta de disposição em contrário, o prazo de prescrição da pretensão do terceiro lesado contra o segurador deveria seguir o da sua pretensão contra o segurado, na medida em que corresponde a uma extensão legal da responsabilidade do segurado ao segurador. Este torna-se, por força da lei, titular solidário da obrigação de ressarcimento dos danos sofridos pelo terceiro lesado. No sentido de que o prazo de prescrição do direito do terceiro lesado seguia a regra do art. 498.º/1 CC e não a do art. 309.º CC, cfr. ainda os Ac. STJ 06.07.2000; e Ac. STJ 16.01.2003. A esta distinção acrescento que, no primeiro caso, se a prestação do segurador fosse em renda, o prazo da prescrição seria de apenas cinco anos (aplica-se-lhe o art. 310.º/a) CC e não o art. 309.º CC). Actualmente, cfr. o disposto no art. 121.º/2 LCS. Este preceito dispõe que os direitos emergentes do contrato de seguro, com excepção do direito do segurador ao prémio de seguro, prescrevem no prazo de cinco anos a contar da data em que o titular teve conhecimento do direito, sem prejuízo da prescrição ordinária a contar do facto que lhe deu causa. Cfr. o disposto no art. 145.º LCS. Este preceito manda aplicar aos direitos do lesado contra o segurador os prazos de prescrição regulados no Código Civil. Ou seja, o disposto no art. 498.º/1 CC. Cfr. ainda *infra* o texto junto à n. 1864 (e a própria nota).

casos em que não existe sequer a figura do *debitor debitoris* ou, mais amplamente, daquele relativamente a quem poderia dizer-se que a acção era nesse caso directa e não meramente oblíqua. Isto não significa, evidentemente, que as verdadeiras acções directas dispensem uma certa ligação ao contrato:

«O contrato em que se baseia a reclamação do titular da acção directa tem uma influência decisiva na existência da acção directa. Esta não conseguiria destacar-se dele e adquirir a independência de uma obrigação legal, ao modo da obrigação de alimentos, por exemplo. Na realidade, ela tem por fim fazer com que outrem participe no benefício de um contrato. Depende, por isso, da validade do contrato. Nasce mesmo do contrato. Se apresenta diferenças em relação à acção do contraente contra o devedor comum, isso deve-se ao seu carácter próprio.»¹⁷⁵⁸

Em França, as acções directas multiplicaram-se de tal forma que a estipulação para terceiro perdeu o papel decisivo que desempenhara anteriormente entre os mecanismos que permitem o alargamento a terceiros da força normativa dos contratos.¹⁷⁵⁹ Em Portugal, diversamente do que ocorreu no ordenamento jurídico francês, são mais modestas as determinações legais de acções directas, e os tribunais nunca se dedicaram a multiplicá-las com o afã dos seus congéneres franceses.¹⁷⁶⁰ No entanto, nalguns domínios a tendência é para a sua multiplicação. É esse o caso, designadamente, como veremos já em seguida, no domínio do direito dos seguros.

1758 FLATTET, *CCA*, p. 193.

1759 Neste sentido, WINTGEN, *Opposabilité*, p. 293. Para além das situações a que se fez referência, a estipulação para terceiro fora utilizada em contextos tão diversificados como o da indemnização das vítimas por ricochete de um acidente ocorrido no quadro de um contrato de transporte, numa altura em que a responsabilidade delitual conhecia ainda em direito francês alguns limites impeditivos de semelhante solução.

1760 Neste sentido, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 852. Para um exemplo de estabelecimento legal de acções directas, vejam-se os arts. 794.º e 803.º CC (*commodum* de representação). É praticamente unânime na doutrina lusa o entendimento de que, por força do princípio da *par condicio creditorum*, a actuação em sub-rogação genericamente admitida na lei não permite em caso algum a existência de deslocações patrimoniais directas entre as esferas jurídicas do terceiro e do credor, tendo as acções directas de resultar de disposição legal especial. Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, pp. 189-190; ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, p. 445; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 852; MENEZES LEITÃO, *Obrigações II*, p. 301; JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, pp. 21-22 n. 63. Cfr. a restante doutrina referida em MARGARIDA LIMA REGO, *Sub-rogação*, pp. 71-72 n. 25. Na jurisprudência, veja-se o Ac. STJ 03.05.2000. Contra, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 267 n. 95; e *Obrigações II*, pp. 481-484; e, aparentemente, SOARES DO NASCIMENTO, *Sub-rogação*, pp. 258-270.

6.4.2. Em especial: o seguro de responsabilidade civil

6.4.2.1. Conceito e modalidades

Num contrato de seguro de responsabilidade civil, pode dizer-se, genericamente, que o risco coberto é a eventualidade de ocorrência de danos que venham de algum modo a ser imputados ao segurado, por forma a que este tenha de responder por eles.¹⁷⁶¹ Deixo de fora a cobertura de despesas associadas à refutação de pretensões infundadas de terceiro por considerar que, ainda que estas se encontrem por vezes cobertas num seguro de responsabilidade civil, não o definem.¹⁷⁶² Costuma dizer-se que o bem protegido é, nestes seguros, o património do segurado como um todo – porque o fim deste seguro é proteger o segurado contra o desembolso das indemnizações por si devidas.¹⁷⁶³ Daí não ser rigorosa a asserção de que a separação entre os seguros de coisas e os seguros de responsabilidade civil distinguiria seguros de riscos próprios e seguros de riscos «de terceiros». Os riscos seguros, nos seguros de responsabilidade civil, também são riscos próprios – do segurado, entenda-se, não necessariamente do tomador – e não de terceiros (os eventuais lesados).

A circunstância de o seguro cobrir o risco de responsabilização civil do segurado não significa, como por vezes se supõe, que o dever de indemnizar a que o segurador se vincula deva ser assimilado ao dever de indemnizar que se constituiu na esfera do segurado. Com efeito, apenas este último corresponde a um dever de indemnizar no sentido estrito da expressão. O dever de indemnizar que vincula o segurador é, na

1761 Cfr. o art. 137.º LCS. BAKER, *ILP*, p. 353, conta que o seguro de responsabilidade civil surgiu no Reino Unido em finais do séc. XIX, na sequência da entrada em vigor do *Employers' Liability Act* de 1880.

1762 BAKER, *ILP*, p. 523, afirma que a cobertura de responsabilidade civil tem normalmente dois aspectos: (i) a indemnização propriamente dita (*indemnity coverage*); e (ii) o financiamento da defesa (*defense coverage*). O autor observa que, embora nem sempre possa traçar-se uma linha clara entre ambas, pode dizer-se, em termos gerais, que a primeira cobertura protege o segurado contra a eventual necessidade de indemnizar na sequência de uma condenação judicial, enquanto a segunda cobertura, preventivamente, assume os custos do segurado com a sua defesa no processo judicial. Pondo de parte o acento excessivo na vertente litigiosa do direito, característico dos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, sigo a distinção traçada pelo autor. Sobre a faculdade de o segurador intervir em qualquer processo judicial ou administrativo em que se discuta a obrigação de indemnizar cujo risco ele tenha assumido, suportando os custos daí decorrentes, cfr. o art. 140.º/1 LCS.

1763 VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 149 p. 824 m. 34.

verdade, um dever primário de prestar, que não se funda na responsabilidade civil, mas antes no contrato.¹⁷⁶⁴

Um contrato de seguro de responsabilidade civil não cobre, na generalidade dos casos, a totalidade do risco de responsabilização civil do segurado. É frequente, por exemplo, restringir a cobertura apenas a uma modalidade de responsabilidade, mormente à aquiliana. E é também frequente limitar a cobertura à responsabilidade decorrente da prática de determinada actividade profissional ou, pelo contrário, dela excluir da cobertura a responsabilidade decorrente da prática de qualquer actividade profissional.¹⁷⁶⁵ Este é um domínio em que a autonomia das partes impera, salvo no domínio, ainda relativamente restrito, dos seguros obrigatórios.¹⁷⁶⁶

Não existe uniformidade na doutrina acerca da correcta definição do sinistro nos seguros de responsabilidade civil. Discute-se, nomeadamente, se o sinistro corresponde à ocorrência do facto danoso, à verificação do dano ou à reclamação do terceiro lesado.¹⁷⁶⁷ Os participantes nesta discussão esquecem com frequência que o sinistro se define no próprio contrato de seguro, fora de cujos parâmetros os factos, em si mesmo

1764 EICHLER, *Zivilrecht*, p. 194, nota a importância de ter em conta que, no domínio dos seguros, o dever de indemnizar é na verdade um dever (primário) de prestar, e não um dever (secundário) de indemnizar, como no direito da responsabilidade civil. Não se ignora que vários autores portugueses defendem uma «identidade normativa» entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Contudo, mesmo para os defensores da «identidade normativa», esta não exclui a existência de uma certa distinção entre os dois deveres. Cfr., por exemplo, C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 426-429. Desta distinção resulta a conclusão da inaplicabilidade, ao dever de prestar do segurador, do disposto nos arts. 562.º a 572.º CC. Em sentido contrário, veja-se ROMANO MARTINEZ, *Ámbito*, pp. 155 e 164-167. HALPERIN/MORANDI, *Seguros I*, pp. 113-115, *maxime* n. 171, não aceitam a distinção, não obstante as abundantes referências que fazem aos escritos da doutrina contrária, optando por qualificar o contrato de resseguro como uma modalidade de entre os seguros de responsabilidade civil. No seu tratamento do tema, nem sempre existe uma separação entre os campos do dever (primário) de prestar do segurador e do dever (secundário) de indemnizar do segurado nos seguros de responsabilidade civil. É claro que, sempre que estiver em causa um seguro de responsabilidade civil, o dever (primário) de prestar do segurador decalca-se sobre o dever (secundário) de indemnizar do segurado, pelo que, indirectamente, acaba por ser relevante, designadamente, para a determinação dos danos indemnizáveis, o regime de tais preceitos do CC. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1888.

1765 Sobre a essencialidade da delimitação contratual do risco, nos seguros de responsabilidade civil, cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 149 p. 821 m. 23.

1766 CLARKE, *Policies*, p. 183, sublinha que os seguradores não são *wrongdoers* – não foram eles os autores do ilícito gerador de responsabilidade civil. Por conseguinte, não são obrigados a pagar mais do que aquilo que, voluntariamente, se vincularam a pagar. No mesmo sentido, VAZ SERRA, *Fundamento*, pp. 230-231. O autor sublinhava que só o segurado se encontra impedido de excluir ou limitar a responsabilidade perante o lesado, já que a responsabilidade do segurador é a que resultar do contrato de seguro, podendo ser limitada ou condicionada livremente por estipulação das respectivas partes, sem prejuízo de quaisquer restrições que por outra causa se estabeleçam.

1767 Cfr. CLARKE, *Policies*, pp. 192-197; e MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 269-272.

considerados, quaisquer que eles sejam, não são dotados de unidade nem de juridicidade. Esquecem ainda que é o homem que, ao pensar e descrever esses factos, os individualiza no seio da realidade complexa em que se inserem, e que lhes atribui relevância jurídica, transformando-os em sinistro, mediante a celebração de um contrato de seguro. O sinistro é assim um facto jurídico, é um acontecimento que o direito considera relevante e a que, por isso, associa determinados efeitos – a realidade apta a, integrando uma previsão normativa, desencadear a sua estatuição.¹⁷⁶⁸ Na verdade, sendo o sinistro definido no contrato, será ao contrato – a cada contrato individualmente considerado – que teremos de dirigir as nossas questões sobre a natureza do sinistro. E a resposta nem sempre é a mesma.¹⁷⁶⁹

Centremo-nos na intervenção dos terceiros. Todo e qualquer seguro de responsabilidade civil pode ser gizado pelas partes como um contrato a favor de terceiro.¹⁷⁷⁰ Antes de mais, à semelhança do que acontece com qualquer outro contrato de seguro, pode dar-se uma separação entre as pessoas do tomador e do segurado, optando as partes por atribuir a este, como é habitual, certas pretensões fundadas no contrato. Não é neste ponto que se encontra a especialidade dos seguros de responsabilidade civil.

Pode ainda dar-se o caso de, em acréscimo à cobertura da responsabilidade civil do tomador-segurado, o contrato de seguro cobrir a responsabilidade civil de terceiros, devendo estes, nesse caso, qualificar-se como co-segurados.¹⁷⁷¹ É esse o caso,

1768 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 178.

1769 Cfr. um exemplo *supra* o texto s seguir à n. 182.

1770 Um verdadeiro contrato a favor de terceiro, e não a figura a que alude o art. 444.º/3 CC. Tratando-se de promessa de exonerar o estipulante de uma dívida para com terceiro, dispõe a lei que só àquele é lícito exigir o cumprimento da promessa. É esse o caso, como veremos, de todos os seguros de responsabilidade civil que não sejam a favor de terceiro. Mas este preceito tem, naturalmente, natureza supletiva. Mesmo tratando-se da exoneração de uma dívida do estipulante para com terceiro, podem as partes estipular que o terceiro lesado seja titular de uma pretensão directa contra o segurador. Não são de seguir, portanto, as conclusões do Ac. STJ 24.10.2006, que, não obstante qualificar a ré como terceiro beneficiário num seguro a favor de terceiro celebrado pelo autor, locatário de um automóvel, em que a ré – locadora – era nomeada beneficiária, lhe recusa qualquer pretensão contra o segurador, por aplicação do disposto no art. 444.º/3 CC. Sustenta o tribunal que o direito à prestação de que é titular o terceiro beneficiário se integraria na sua relação com o estipulante, e não na sua relação com o segurador – que não existiria, pelo que seria o autor o único a poder exigir ao segurador o pagamento de uma indemnização à ré, terceira beneficiária.

1771 Sobre os co-segurados nos seguros de responsabilidade civil, cfr. SPÄTE, *AHB-Kommentar*, § 1 pp. 99-102 mm. 9-12, e § 7 pp. 606-617 mm. 1-20. CLARKE, *Policies*, p. 208, explica que, nos contratos de seguro com uma pluralidade de co-segurados, a cobertura pode ser parciária (*composite cover*) ou solidária (*joint cover*). No primeiro caso, os actos de um co-segurado – por exemplo, as suas omissões ou inexactidões, ou a sua negligência na mitigação dos danos decorrentes da verificação do sinistro – não afectam a posição dos demais co-segurados. No segundo caso, todos os co-segurados sofrem as

nomeadamente, dos membros do agregado familiar do tomador, no seguro de responsabilidade civil familiar, bem como, por imposição legal, o dos demais «legítimos detentores e condutores do veículo» no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação.¹⁷⁷² Todos eles são co-segurados na medida em que se encontre coberta a sua própria responsabilidade civil, sendo na sua esfera que se buscam os danos indemnizáveis pelo seguro. Mas não é certo que estes co-segurados configurem, em todos os casos, terceiros beneficiários de um contrato a favor de terceiro.¹⁷⁷³ Com efeito, para que o sejam, terá de concluir-se, em primeiro lugar, que lhes foi conferida uma pretensão contra o segurador e, em segundo lugar, que essa pretensão tem fonte contratual. Veremos, mais à frente, se assim é.¹⁷⁷⁴ Mas também não é esta a figura que me interessa agora examinar, na medida em que não é no co-segurado que se centra a especialidade dos seguros de responsabilidade civil.

A minha análise debruçar-se-á essencialmente sobre a posição ocupada pelo terceiro lesado em face de um contrato de seguro de responsabilidade civil. Porque a especialidade dos seguros de responsabilidade civil advém da circunstância de, neles, o pagamento da prestação do segurador ser normalmente feito a um terceiro.¹⁷⁷⁵ Digo normalmente, e não necessariamente, porque pode dar-se o caso de o segurado já ter pago a indemnização ao terceiro. Nesse caso, admite-se que a prestação do segurador tenha como destinatário o próprio segurado.¹⁷⁷⁶ E ainda porque nem sempre o lesado

repercussões no contrato dos actos dos demais co-segurados.

1772 Art. 15.º/1 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

1773 Qualifica-os como contratos a favor de terceiros SPÄTE, *AHB-Kommentar*, § 7 pp. 606-607 m. 1. Note-se, todavia, que os seguros em que haja terceiros co-segurados deverão qualificar-se sempre como seguros por conta de outrem. Nos casos como o do progenitor cujo seguro cobre as consequências dos seus próprios actos e as dos actos dos seus filhos menores, mas que não obstante protege apenas o seu próprio património, os seus filhos não deverão qualificar-se como co-segurados mas, quando muito, como pessoas seguras. Qualificam-nos como seguros por conta de outrem, entre outros, JOHANNSEN em BRUCK/MÖLLER/JOHANNSEN, *VVG IV*, §§ 149-158a p. 495 m. H3; e SPÄTE, *AHB-Kommentar*, § 1 p. 100 m. 9.

1774 Cfr. *infra* o texto junto à n. 2111.

1775 Daqui a distinção, própria dos sistemas jurídicos anglo-americanos, entre *first party* e *third party insurance*. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 42-43, observa que a distinção se baseia na questão de saber quem é o destinatário último da prestação em dinheiro. Na *third party insurance* o pagamento é feito a um estranho: a um não segurado. À *third party insurance* também se chama, naturalmente, *liability insurance*. É bom de notar que na *third party insurance* não se seguram riscos da *third party* mas sim da *first party*. O critério é o do destinatário da prestação e não o do sujeito titular dos riscos. Cfr. *supra* n. 1845.

1776 Nesse sentido, o Ac. RP 31.01.1973 (que chega a falar num «direito de regresso» do segurado contra o segurador). Note-se que, dependendo do teor do contrato, a consequência de um pagamento do segurado ao terceiro pode dar azo, não a esta alteração na figura do destinatário da prestação, mas à extinção do dever de prestar do segurador: estes inserem por vezes nas respectivas condições gerais disposições no sentido de que o segurado se encontra impedido de pagar o que quer que seja ao

ocupa a posição de um verdadeiro terceiro: pode acontecer que seja o próprio tomador.¹⁷⁷⁷

Falarei, por simplicidade, no terceiro lesado, mas estão em causa todos aqueles que poderiam propor uma acção de responsabilidade civil contra o responsável, o que inclui vítimas directas e indirectas, desde que titulares de um direito a uma indemnização, bem como quem nos seus direitos se haja sub-rogado, designadamente um segurador com quem tenham celebrado um seguro de coisas e que tenha avançado com a indemnização, ou um co-autor da lesão a quem tenha sido exigido o pagamento integral da indemnização, obrigação solidária, e finalmente quaisquer terceiros que se tenham envolvido no tratamento da lesão, designadamente os prestadores de cuidados médicos, e que sejam também titulares de um direito de ressarcimento pelos prejuízos sofridos.¹⁷⁷⁸

Note-se que o que disse há pouco foi que a especialidade dos seguros de responsabilidade civil advinha da circunstância de, nestes seguros, o pagamento da prestação do segurador ser normalmente feito a terceiro. Não disse, como muitas vezes se diz, que esta advinha da circunstância de ser um terceiro o titular do direito à indemnização.¹⁷⁷⁹ Porque a verdade é que isso nem sempre acontece. De entre os seguros de responsabilidade civil, podemos distinguir: (i) os que se limitam a conferir ao segurado um direito de exoneração

lesado, ou mesmo de reconhecer a sua responsabilidade, sob pena de se precluir a cobertura dessa indemnização.

1777 Será esse o caso em muitos seguros de responsabilidade civil de administradores e directores (os chamados *D&O*). Com efeito, estes são muitas vezes contratados pela sociedade, por conta dos respectivos administradores ou directores: o seguro cobre a sua responsabilidade (i) perante a sociedade; e (ii) perante terceiros. Significa isto que é este um seguro contratado por um potencial lesado por conta do eventual lesante. Esta peculiaridade é posta em evidência por ROBERT KOCH, *D&O Versicherung*, pp. 18-28, 160-170 e 288-298, *maxime* pp. 18-28. O autor defende que há uma separação radical entre a posição da sociedade enquanto tomadora e a sua posição de lesada. Nesta última qualidade, a sociedade estará em absoluta igualdade de circunstâncias com os demais lesados, salvo se o contrário resultar do contrato, ou da lei, quanto ao concurso de créditos. Em Portugal, coloca-se a questão de saber se este deverá ser tratado como um seguro obrigatório ou facultativo, em face do disposto no art. 396.º CSC. De acordo com este preceito, a obrigação que impende sobre os administradores e directores é a de prestar caução, sendo, em rigor, facultativa a contratação desta ou de outra modalidade de contrato de seguro, ou a prestação de caução sem ser por via de um seguro. Todavia, por identidade de razão, entendo que deverá aplicar-se ao seguro de responsabilidade civil de administradores e directores, na parte destinada a dar cumprimento a esta imposição legal, o regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil constante dos arts. 146.º a 148.º LCS. Na parte em que o seguro for além dos mínimos legais, este seguro deverá ser tratado como um seguro facultativo, pelo que a sociedade só terá uma pretensão contra o segurador, na sua qualidade de lesada, se esse direito tiver sido por si estipulado, na qualidade de tomadora do seguro (sendo contratualmente estipulado, já não será um direito de acção directa).

1778 Cfr. o art. 495.º CC. Veja-se, sobre a identificação dos vários titulares do direito de acção directa, BEAUCHARD, em BIGOT, *Traité III*, pp. 1211-1214.

1779 Veja-se, por exemplo, MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 269.

da sua dívida para com o terceiro lesado; (ii) aqueles em que se estipula uma pretensão deste último contra o segurador; e (iii) aqueles que dão azo a um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador. Em todos eles, o terceiro lesado é um destinatário em sentido substancial e não um mero receptor formal da prestação. Nos segundos, é ainda titular de um direito de fonte contratual. Nos terceiros, de um direito de fonte paracontratual.

Antes de mais, já vimos que as partes num contrato de seguro de responsabilidade civil podem atribuir ao terceiro lesado uma pretensão contra o segurador, um direito de exigir-lhe o pagamento de uma indemnização pelos danos imputáveis ao segurado que se encontrem cobertos pelo seguro.¹⁷⁸⁰ Tratar-se-á, pois, de um contrato a favor de terceiro. Esta pretensão, fundada no contrato, só existe quando as partes assim estipularem.¹⁷⁸¹ O mesmo é dizer que, se todos os seguros de responsabilidade civil podem ser gizados como contratos a favor de terceiro, no sentido, desta feita, de que em todos podem as partes estipular a atribuição, ao terceiro lesado, de um direito de exigir ao segurador o cumprimento da sua obrigação de prestar, também poderão não o ser, pelo que essa qualificação terá de resultar da interpretação que se faça de cada contrato.¹⁷⁸² Dizer que

1780 Cfr. o art. 140.º/2 LCS.

1781 Em rigor, nos casos em que as partes assim o estipularem e nos casos em que, não o tendo feito, pelo menos inicialmente, o seu comportamento para com o terceiro lesado desencadeie a aplicação da presunção inilidível de que o fizeram na sequência da verificação do sinistro. Neste sentido, o art. 140.º/3 LCS.

1782 Coloca bem o problema VAZ SERRA, *Fundamentos*, p. 228: «O contrato de seguro pode ser feito de maneira a vincular-se o segurador apenas para com o segurado, caso em que o credor da indemnização pelo acidente só pode exigi-la do responsável, o qual, por sua vez, pode reclamar do segurador a reparação; e pode ser celebrado de modo a constituir-se o segurador em obrigação para com a vítima do acidente, havendo então um contrato a favor de terceiro (o lesado).» Cfr. ainda VAZ SERRA, *CFT*, pp. 103-105. No mesmo sentido, cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações I*, p. 312 n. 1. Também o diz ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pp. 409 n. 1, 412 n. 1 e 417-418, que no entanto não distingue consoante o direito do terceiro lesado resulte ou não de estipulação das partes, entendendo que há em todos esses casos um contrato a favor de terceiro. MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 291-292 n. 63, enuncia correctamente o problema, embora nem sempre a sua posição tenha sido bem compreendida pela doutrina posterior. Começa por afirmar que o contrato de seguro de responsabilidade civil não deve considerar-se um contrato a favor de terceiro, na medida em que as partes não agem com a intenção de atribuir, através dele, um direito a terceiro, retirando este, apenas reflexamente, um benefício do contrato. Esta asserção não é, naturalmente, isenta de dúvidas. Contudo, resulta da sua argumentação que o autor admite a qualificação de um contrato de seguro de responsabilidade civil como um contrato a favor de terceiro, se assim decorrer da intenção expressa pelas respectivas partes, concretamente consideradas, insurgindo-se o autor contra quem qualifica, genericamente, este tipo contratual como um contrato a favor de terceiro, com base numa suposta vontade típica das partes. Dá o exemplo de LEITE DE CAMPOS, *SRC*, pp. 77-82, que só encontra vantagens, para tomador e segurador, no reconhecimento de um direito ao terceiro, a partir daí concluindo, no silêncio do contrato, ser essa a vontade presumível das partes. Em sentido oposto, cfr., por exemplo, JADOUL, *SPA*, p. 415. É a esta luz que deverá ler-se a asserção inicial de

essa qualificação terá de ser o resultado da interpretação equivale a dizer que não pode ser o resultado de um raciocínio abstracto, de feição globalizante. Nem para afirmar que o seguro de responsabilidade civil é um contrato a favor de terceiro.¹⁷⁸³ Nem para afirmar que não poderá sê-lo em caso algum.¹⁷⁸⁴

Concluindo-se que, num dado caso concreto, as partes não atribuíram ao terceiro lesado qualquer pretensão contra o segurador, assim se afastando a segunda alternativa acima referida, restam-nos ainda outras duas: ou se conclui que o terceiro lesado é ainda assim o titular de uma pretensão contra o segurador de fonte paracontratual – situação correspondente à terceira alternativa; ou restar-nos-á qualificá-lo, simplesmente, como o destinatário da prestação – como o destinatário da prestação em sentido substancial – situação que cai no âmbito da primeira alternativa.¹⁷⁸⁵

MOTTINHO DE ALMEIDA. ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, pp. 68-69, também acentua a autonomia das partes e a dependência da qualificação do seguro como sendo ou não a favor de terceiro do resultado da respectiva interpretação.

1783 Nem sempre a doutrina tomou a distinção em consideração. C. MOTA PINTO, *Cessão*, pp. 33-35, *maxime* n. 1, defendia que o seguro de responsabilidade civil era em qualquer caso, inquestionavelmente, um contrato a favor de terceiro, visto o terceiro lesado poder accionar directamente o segurador. Ataca, e bem, quem nega essa qualificação ao seguro de responsabilidade civil com base no argumento de que o tomador não pretendeu beneficiar o terceiro lesado. Contudo, esquece que (i) na falta de preceito legal em contrário, está na disponibilidade das partes conferir ou não ao terceiro lesado um direito de acção, não decorrendo este, automaticamente, do contrato; e que (ii) a simples existência de um direito de acção só é prova da existência de um contrato a favor de terceiro se esse direito resultar de estipulação das partes. A mesma qualificação em bloco é feita por LEITE DE CAMPOS, *SRC*, pp. 77-82, 148-151, 165-166. E por VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 120-122 e 258-259. Para este autor, a posição do terceiro lesado encontra protecção «na concepção do contrato de seguro de responsabilidade civil como contrato a favor de terceiro». Por via dessa concepção, o terceiro lesado «adquiriria direito à prestação». O autor conclui afirmando que a «é hoje praticamente uniforme na doutrina e na jurisprudência». Esta última afirmação, embora algo exagerada, pelo menos no que respeita à doutrina, revela a desconsideração da distinção entre os institutos da acção directa e do contrato a favor de terceiro que vem entre nós ganhando terreno, sobretudo na jurisprudência. A primeira parte da citação constitui ainda um exemplo da inversão de raciocínio de que acima tratei, e que o autor reforça logo de seguida: «O fundamento da acção directa do terceiro-lesado contra a seguradora há-de encontrar-se, então, por um lado, subjacente à concepção do seguro de responsabilidade civil como um contrato a favor de terceiro e, por outro, no privilégio, legalmente atribuído à vítima, sobre a indemnização devida pelo segurador.» (p. 259).

1784 No pólo oposto, mas enveredando igualmente pela via da qualificação em bloco, encontramos os autores que negam que o seguro de responsabilidade civil possa ser um contrato a favor de terceiro. Nesse sentido, BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, pp. 794-796; e FLORBELA PIRES, *SAT*, pp. 66-71 e 84. Cfr. *supra* n. 1365.

1785 O terceiro não é, nesses casos, um mero receptor formal da prestação, como nalguns dos casos de entre os de prestação feita a terceiro de que trata o art. 770.º CC. O destinatário da prestação, neste sentido, é a pessoa em cujo património entra o resultado da prestação, e que, embora não tenha o direito de exigí-la, tem o de invocar o contrato contra o promitente como causa da sua aquisição, uma vez recebida a prestação, assim impedindo o sucesso de uma acção de enriquecimento sem causa proposta pelo promitente. É claro que o receptor formal de uma prestação tão-pouco é obrigado a restituir, mas com uma fundamentação distinta. Em todo o caso, o art. 770.º CC é mais amplo, como se vê, desde logo, pelos casos de que trata o art. 771.º CC. Sobre o contrato a favor de

Esta alternativa é por vezes esquecida pela doutrina. Não é traçada a distinção entre os planos da destinação da prestação e da atribuição de um direito subjectivo à prestação. Olvida-se a distinção entre uma simples competência de aquisição e um direito de crédito, composto de faculdade de exigibilidade e de permissão específica de aproveitamento de uma prestação.¹⁷⁸⁶ Distinção que é absolutamente central ao regime do contrato a favor de terceiro, mas que, obviamente, se estende para lá do seu domínio, no sentido em que, ainda que ao terceiro não tenha sido contratualmente conferida a faculdade de exigir a prestação, sendo este um mero destinatário da prestação, semelhante faculdade será necessariamente reconhecida à contraparte do devedor – que dela será ainda credora, se bem que não possa normalmente exigí-la para si própria, mas apenas para o terceiro – o que, como vimos, em nada diminui a sua permissão de aproveitamento da prestação. Esta realidade perde-se nas inúmeras afirmações de que, num contrato de seguro, só ao interessado pode conferir-se o direito de exigir a prestação:¹⁷⁸⁷

«No contrato de seguro as coisas ocorrem de maneira distinta. O segurador assume sempre os direitos e as obrigações do contrato. O contraente com o segurador assume as obrigações, mas pode não assumir os direitos. Os direitos adquirem-se, logicamente, por quem está interessado em que o sinistro não se produza, e esta pessoa pode ser o mesmo contraente ou um terceiro, que seria o verdadeiro portador do interesse, sendo o contraente um mediador desse interesse alheio (...). O contrato desdobra-se, no sentido de que as obrigações se assumem pelo contraente, enquanto os direitos vão parar ao beneficiário do seguro.»¹⁷⁸⁸

terceiro em sentido impróprio como causa de uma atribuição, cfr. *supra* nn. 1288 e 1421. Sobre o conceito de destinatário de prestação, cfr. *supra* o texto junto à n. 72.

1786 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1406.

1787 Cfr. o disposto no art. 48.º/2 e 3 LCS. Sobre este, cfr. a análise *infra* no texto a partir da n. 2041.

1788 GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 69. O autor refere-se ao contrato de seguro em geral e centra-se, na segunda parte, no exemplo do seguro de vida em caso de morte. O mesmo raciocínio segue J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, *maxime* p. 277. O autor conclui pela qualificação em bloco do seguro por conta de outrem como um seguro a favor de terceiro, aparentemente, com base no princípio indemnizatório. Parece entender que, não podendo estipular-se um direito do tomador à prestação, por alegada falta de interesse, teria «logicamente» de ser o segurado, nos seguros por conta, a adquirir directamente esse direito. Desconsidera a possibilidade, intermédia, de não se estipular qualquer direito a favor do segurado e estipular-se apenas um direito do tomador a exigir, se assim entender, o pagamento da indemnização, não a si próprio, mas ao segurado.

A característica definidora dos seguros de responsabilidade civil será, por conseguinte, o direito do segurado – ou eventualmente do tomador – de exigir que o segurador preste a terceiro, e não o direito do terceiro de exigir a prestação do segurador. Este direito do segurado – ou eventualmente do tomador – é dotado de conteúdos distintos consoante conviva, ou não, com um direito contratual adicional do terceiro lesado de exigir a prestação.¹⁷⁸⁹ Em caso negativo, poderemos em princípio afirmar que o segurado será apenas titular de um direito de exoneração da sua dívida para com o terceiro lesado.¹⁷⁹⁰ O mesmo é dizer, um direito à libertação das consequências da sua actuação (*Befreiungsanspruch*). Em caso afirmativo, ou seja, conferindo o contrato ao terceiro lesado um direito próprio à indemnização, nesse caso ambos – segurado e terceiro lesado – poderão ter um direito a que o terceiro lesado veja efectivamente ressarcido o seu dano.

6.4.2.2. Justificação dogmática dos direitos de acção directa contra o segurador

Passemos agora à análise, não dos casos em que o seguro de responsabilidade civil é um contrato a favor de terceiro, ou dos casos em que não é e o tomador-segurado é o único titular de um direito de exoneração da sua dívida para com o terceiro lesado, mas dos casos em que a lei reconhece ao terceiro lesado um direito de acção directa contra o segurador.

Em França, as acções directas estabelecidas em sede de direito dos seguros tiveram uma origem muito semelhante à das acções directas do *Code Napoléon*. De acordo com o direito comum em meados do séc. XIX, à vítima de um acidente gerador de responsabilidade civil não era reconhecido o direito de exigir ao segurador do responsável o pagamento da indemnização. O seu único meio de reacção, em caso de inércia do segurado, seria por via da acção sub-rogatória genericamente estabelecida na lei.¹⁷⁹¹ Este entendimento foi inicialmente seguido pela jurisprudência e doutrina de expressão

1789 Sobre a possibilidade de ser o tomador e não o segurado o titular deste direito, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2054. Por ora, abstrair-se-á dessa possibilidade.

1790 No sentido do art. 444.º/3 CC. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 149 p. 815 mm. 2-3. Cfr. *supra* n. 1770.

1791 Cfr. o art. 1166 CCfr. Cfr. TOURNOIS, *Direct Actions*, p. 194. Sobre a acção directa nos seguros de responsabilidade civil, veja-se, por exemplo, LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 480-494. Entre nós, admitindo a possibilidade de o terceiro lesado sem pretensão própria contra o segurador lançar mão de acção sub-rogatória, LEITE DE CAMPOS, *JRC*, pp. 39 e 76.

francesa.¹⁷⁹² Partindo-se desta ideia, entendia-se, muito naturalmente, que era profundamente injusto que o montante da indemnização fosse dividido por todos os credores, colocando em pé de igualdade com os demais credores quirografários a vítima do acidente causado pelo segurado insolvente, devedor comum de todos eles, dado que este nunca fora titular de um direito à indemnização a não ser na estrita medida em que esta tivesse como destino final o património da vítima.¹⁷⁹³ Este *status quo* chegava a ser visto como «imoral», porque se chegava ao resultado perverso de tornar do interesse dos credores a ocorrência de um qualquer prejuízo causado pelo devedor a um terceiro.¹⁷⁹⁴

Rapidamente se pôs de parte a ideia de encontrar uma estipulação tácita para terceiro, de forma genérica, nos seguros de responsabilidade civil, por se entender que não havia, tipicamente, qualquer intenção do tomador-segurado de conferir um direito ao terceiro lesado, mas apenas uma intenção de se precaver, a si próprio, contra as possíveis consequências patrimoniais desfavoráveis da sua actuação. O terceiro lesado seria apenas um beneficiário indirecto ou reflexo do contrato.¹⁷⁹⁵ Sustentava-se, no entanto, que o dinheiro do segurador deveria ser afecto ao ressarcimento do terceiro lesado. Sucessivas leis especiais procuraram assegurar esse resultado a partir de finais do séc. XIX e inícios do séc. XX. Habituada a dar o salto da *action oblique* para a *action directe*, a jurisprudência e a doutrina francesas apressaram-se a retirar de tais preceitos legais a conclusão da existência de uma acção directa do terceiro lesado contra o segurador, não obstante, em boa

1792 FONTAINE, *Assurances*, p. 439, observa que também em direito belga, antes do reconhecimento da acção directa, o terceiro lesado tinha apenas ao seu dispor a acção sub-rogatória – *action oblique* – e o arresto – *saisie-arrêt*. DALCQ, *Actions Directes*, pp. 306-310, salienta que a evolução foi muito diferente na Bélgica do que fora em França. Na Bélgica, não houve um reconhecimento de acções directas por parte da jurisprudência, tendo de aguardar-se até ao estabelecimento legal da primeira acção directa, em matéria de seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação, em 1956. Desde então, multiplicaram-se os casos de seguros obrigatórios com o estabelecimento de acções directas do terceiro lesado contra o segurador. Sempre que o fim prosseguido com a obrigatoriedade era a protecção das vítimas, a lei fez acompanhar a obrigatoriedade de um sistema de acção directa de um regime mais ou menos generoso de inoponibilidade das excepções. O passo final foi dado em 1992. Cfr. *infra* n. 1805.

1793 Cfr. FLATTET, *CCA*, pp. 40-41, para quem o resultado «chocava os mais elementares sentimentos de justiça».

1794 JAMIN, *Action Directe*, p. 49.

1795 A jurisprudência e a doutrina francesas não recorreram à acção directa no que respeita aos seguros por conta, aos seguros de vida, ou aos seguros de grupo, porque estes se enquadravam facilmente no âmbito da estipulação para terceiro. Cfr. JAMIN, *Action Directe*, p. 49 n. 230. Já os seguros de responsabilidade civil nunca foram enquadrados pela doutrina e jurisprudência francesas por via da estipulação para terceiro (p. 67). Por este motivo, é nos seguros de responsabilidade civil que o instituto da acção directa desempenha actualmente no direito francês o seu papel primordial. Cfr. BEAUCHARD em BIGOT, *Traité III*, p. 1210.

verdade, não poder retirar-se semelhante conclusão por via de uma interpretação rigorosa da grande maioria dos referidos preceitos legais.¹⁷⁹⁶ Seria uma questão de tempo até se reconhecer, de forma generalizada, em todos os seguros de responsabilidade civil, um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador.¹⁷⁹⁷

Esta evolução teve o seu início a partir de duas coberturas acessórias de seguros de responsabilidade civil no domínio dos seguros de incêndio.¹⁷⁹⁸ Nas apólices de seguro de incêndio, havia duas coberturas acessórias que respeitavam a danos ocorridos no património de terceiros: a cobertura da responsabilidade do arrendatário perante o senhorio – *assurance du risque locatif* – e a cobertura da responsabilidade do proprietário ou arrendatário perante os terceiros seus vizinhos – *assurance du recours des voisins*.¹⁷⁹⁹ Em 1889, saiu uma lei a regular o seguro de incêndio dispondo que, no respeitante a coberturas, «o segurado ou seus sucessores não poderão tocar em toda ou em parte da indemnização sem que o proprietário do bem locado, o vizinho ou o terceiro sub-rogado nos seus direitos se tenham desinteressado das consequências do sinistro».¹⁸⁰⁰ Após cerca de vinte anos de hesitações, e alguma pressão por parte da doutrina, a conclusão de que o preceito encerraria uma acção directa foi finalmente formulada pela Cassação Francesa.¹⁸⁰¹ A doutrina apressou-se a corroborar a conclusão:

«[S]eria uma estranha subtiliza, obrigar o segurador a conservar esta quantia no interesse de uma pessoa determinada e ao mesmo tempo impedir esta pessoa de a reclamar na justiça».¹⁸⁰²

1796 Actualmente, veja-se o art. L124-3 CAfr: «O segurador não pode pagar a outrem que não o terceiro lesado toda ou parte da soma devida, enquanto esse terceiro não se tiver desinteressado, até à concorrência da dita soma, das consequências pecuniárias do facto danoso fundador da responsabilidade do segurado.» Este preceito correspondia anteriormente ao art. 53 LCSfr. Facilmente se compreende que o preceito nada mais contém do que uma formulação do princípio indemnizatório, na sua aplicação aos seguros de responsabilidade civil: o segurador só paga ao segurado na medida em que este já tenha ressarcido o dano do terceiro lesado, de contrário, só a este o segurador pagará. Todavia, não tem sido esse o entendimento da jurisprudência e doutrina francesas. PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 563, sustentavam, representativamente, que a «imobilização da indemnização de seguro nas mãos do segurador em benefício da vítima implica necessariamente a atribuição, a esta, enquanto não for indemnizada, do crédito do segurado contra o segurador». Concluíam: «A questão não se discute actualmente.»

1797 FLATTET, *CCA*, p. 191.

1798 Também tiveram importância para o desenvolvimento das acções directas, fora dos seguros de responsabilidade civil, os seguros de acidentes pessoais a que me referi *supra* no texto junto à n. 1721.

1799 JAMIN, *Action Directe*, pp. 49-57.

1800 Citado por JAMIN, *Action Directe*, p. 54.

1801 Cfr. Cass. Fr. 17.07.1911.

1802 PLANIOL, *Anotação*, p. 81.

Do simples facto de se estabelecer na lei que o segurador só pode pagar a indemnização ao segurado na medida em que este tenha previamente indemnizado o lesado, só com muito boa vontade se retiraria o estabelecimento de um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador.¹⁸⁰³ Com efeito, por via, designadamente, do princípio indemnizatório, de que atrás se falou, os sistemas jurídicos, na sua generalidade, bem como, se assim não fora, os próprios clausulados das apólices, impedem, por motivos óbvios, respectivamente, de política legislativa e negocial, que o segurado de um seguro de responsabilidade civil possa enriquecer à custa do segurador, determinando-se que, em caso de sinistro, o segurador pague a indemnização (i) directamente ao terceiro lesado ou (ii) ao segurado que já tenha ressarcido o terceiro lesado.¹⁸⁰⁴ No entanto, o reconhecimento de um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador em todos os seguros de responsabilidade civil é exclusivo do sistema francês e dos sistemas por ele mais influenciados.¹⁸⁰⁵ Trata-se aqui de distinguir claramente entre uma mera competência de aquisição e um direito de crédito, composto pela faculdade de exigibilidade e pela permissão específica de aproveitamento da prestação – nos seguros de responsabilidade civil, sejam eles obrigatórios ou voluntários, o direito de crédito do tomador-segurado não inclui a competência de aquisição da indemnização, mas unicamente a faculdade de exigir que o seu pagamento se faça ao terceiro lesado, acompanhada da permissão específica do aproveitamento da prestação, que nuns casos

1803 Cfr. JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 274. O mesmo processo decorria, para além dos seguros de responsabilidade civil, também nos seguros de incêndio e nos seguros de acidentes pessoais. Note-se que a Cassação Francesa – Cass. Fr. 14.06.1926 – foi ao ponto de encontrar o reconhecimento de um direito de acção directa no n.º 8 do art. 2102 CCfr, acrescentado pela Lei de 28.05.1913, apesar de o referido diploma só ter sido aprovado no Senado sob a condição, expressa nos trabalhos preparatórios, de o novo preceito não servir de base ao reconhecimento de uma acção directa em benefício dos terceiros lesados, para quem o contrato deveria permanecer *res inter alios acta*. Cfr. Rec. Sir., *Lois Annotées* 1911-1915, p. 548 n. 2. Cfr. JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 274 n. 68. De uma forma geral, deste salto lógico não dão conta a jurisprudência e doutrina francesas. Veja-se, por exemplo, TOURNOIS, *Direct Actions*, pp. 194-195, explicando que os preceitos legais em causa consagram a acção directa e que só graças a ela o segurado se encontra impedido de receber a indemnização, gastá-la e assim impossibilitar o seu pagamento ao terceiro lesado.

1804 Este segundo caso nem sempre se verifica. Cfr. o disposto no art. 140.º/7 LCS. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 149 e 156 pp. 815 e 852 mm. 3 e 8. Os autores sublinham que o segurador só pode pagar directamente ao segurado quando o seu direito de exoneração se transforma num direito ao pagamento da indemnização. Cfr. *infra* n. 1807.

1805 Actualmente, reconhece-se um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador, de forma injuntiva e generalizada, em todos os seguros de responsabilidade civil, para além de França, também em Espanha e na Bélgica. Em Espanha, cfr. o art. 76 LCSes. Sobre o preceito, cfr. BAILLO, *Beneficiario*, pp. 251-254. Na Bélgica, cfr. o art. 86/1 LCSbe. Sobre o preceito, cfr. FONTAINE, *Assurances*, pp. 325 e 441-442.

tem como resultado a sua exoneração em face do terceiro e nos demais o próprio ressarcimento do terceiro lesado.¹⁸⁰⁶

Examinemos o pressuposto, de que partiram a jurisprudência e doutrina francófonas, de que o segurado teria um direito a receber a indemnização, independentemente de ter previamente ressarcido o dano do terceiro lesado, ou pelo menos de que essa indemnização, ainda que paga directamente ao terceiro lesado, o era «em nome e por conta» do segurado, pelo que, juridicamente, sempre passaria pelo seu património antes de chegar ao do terceiro lesado, ainda que, na prática, o montante em causa fosse directamente transferido das mãos do segurador para as mãos do terceiro lesado. É necessariamente este o pressuposto que está na base da conclusão de que seria necessário impedir os demais credores de lhe terem acesso em detrimento do terceiro lesado. Porquanto, de contrário, mesmo nos casos em que o terceiro lesado não tem um direito à indemnização – já veremos que é assim, entre nós, nos seguros voluntários de responsabilidade civil em que não haja convenção em contrário – o único direito do segurado é normalmente o de que o segurador pague directamente ao terceiro lesado, só podendo o segurado exigir para si próprio o pagamento, se assim houver sido disposto, no caso de ter previamente satisfeito o crédito do terceiro lesado. A principal vantagem que o segurado retira do contrato consiste na protecção do seu património contra uma perda que não chega a sofrer – por não ter de desembolsar, ele próprio, o dinheiro da indemnização.

1806 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1421. MÖLLER, *Einführung*, p. 412, na sua análise crítica à figura da acção directa, o autor explicava a diferença entre este mecanismo e o que era então usado na lei alemã vigente, dizendo que, neste último, ao contrário do primeiro, faz-se do terceiro um destinatário da prestação (*Leistungsempfänger*) mas não um credor (*Gläubiger*).

No rigor dos princípios, se se entendesse que o dinheiro que parte do património do segurador com destino ao património do terceiro lesado não chegaria a passar pelo património do segurado, necessariamente se chegaria à conclusão de que o terceiro lesado que, agindo em sub-rogação, exigisse ao segurador o cumprimento do seu dever de prestar, não deveria obter um resultado distinto do que se encontra ao dispor do próprio segurado – que nada poderia exigir para si próprio na medida em que, não tendo ainda pago qualquer indemnização, apenas poderia exigí-la para o terceiro. Então, uma vez reunidos os pressupostos do instituto da acção em sub-rogação, ao terceiro deveria ser permitido exigir que o destino da indemnização fosse, directamente, o seu próprio património, e não o do segurado. Mas a jurisprudência e doutrina francesas assim não o entenderam. Não consideraram a possibilidade de o montante da indemnização se transferir directamente do património do segurador para o património do terceiro lesado sem passar pelo do segurado. Daí este desenvolvimento, algo inesperado aos olhos de hoje, no direito contratual dos seguros francêss, que conduziu ao reconhecimento generalizado da acção directa do terceiro lesado em todos os seguros de responsabilidade civil.¹⁸⁰⁷ Chega a dizer-se que:

«As acções directas formarão dois grupos de natureza bem distinta: de um lado, as acções que constituem, na verdade, um privilégio a favor de um credor sobre um crédito do devedor, de outro lado, as acções que conferem a um credor um direito independente contra o co-contratante do devedor.»¹⁸⁰⁸

1807 A ideia que lhe subjaz não constituiu uma idiossincrasia do direito francês. MÖLLER, *Einführung*, pp. 411-412, ao traçar a história da protecção do terceiro lesado no direito alemão dos seguros de responsabilidade civil, explica que, numa primeira fase, o direito do segurado era generalizadamente entendido, pura e simplesmente, como um direito pecuniário, ou seja, como um direito ao montante da indemnização, que entraria no seu património, ficando à mercê dos respectivos credores. Só numa segunda fase esse direito foi encarado como um direito de exoneração (*Befreiungsanspruch*). Essa transição teve início, na Alemanha, no final do séc. XIX e início do séc. XX. Cfr., por exemplo, RG 07.02.1936. Cfr. ainda JOHANNSEN, *Dritte Personen*, pp. 1177-1178; e SOMMER, *Rechtsnatur*, pp. 14-19. O mesmo se passou no direito inglês. Cfr. LOWRY/RAWLINGS, *Doctrines & Principles*, p. 182. Os autores observam que era regra aceite no *common law* que, em caso de insolvência do segurado, a indemnização do segurador integraria a respectiva massa insolvente, ficando à mercê de todos os seus credores. Foi contra esta regra que surgiu o *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930. Este diploma determinou que, em caso de insolvência do segurado, os terceiros lesados teriam um direito de acção directa contra o segurador (cfr. s. 1(1)). Cfr., no mesmo sentido, MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law*, pp. 825-826 (28-11).

1808 FLATTET, *CCA*, p. 194.

Verifica-se que, pelo menos no caso dos seguros de responsabilidade civil, acabou por reconhecer-se ao terceiro lesado um direito contra o segurador independente de um direito do segurado contra o segurador.¹⁸⁰⁹ Na realidade, não será completamente independente, mas a verdade é que não há, neste caso, qualquer desvio ao normal destino da prestação: esta já tinha como destino o património do terceiro lesado. Em suma, toda esta construção foi erigida sobre um erro, na convicção de que a imposição de uma acção directa seria a única forma de proteger o terceiro lesado contra as incursões dos demais credores do segurado. Quando a verdade é que haveria outros meios, bem mais adequados, de protecção do terceiro lesado, de maneira menos genérica, e mais adaptada às circunstâncias – nos casos em que este carece, verdadeiramente, de semelhante protecção. Em França, já houve quem observasse que, não obstante ter-se chegado por esta via à acção directa, o raciocínio seguido pela jurisprudência e pela doutrina desse país nunca serviria de justificação para mais do que o reconhecimento de um privilégio ao terceiro lesado.¹⁸¹⁰ Examinemos o que se passou na Alemanha.

6.4.2.3.A experiência alemã: um modelo alternativo de protecção do terceiro lesado

Para começar, há que ter em conta que o instituto da acção sub-rogatória é desconhecido dos ordenamentos jurídicos de matriz germânica. E mesmo o da acção directa acabou por ser introduzido com uma menor intensidade, e muito mais tardiamente do que no vizinho sistema francês, na medida em que surgiu, de certo modo, à boleia de uma imposição vinda do exterior: a acção directa do terceiro lesado contra o segurador num seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação impôs-se inicialmente por via da Convenção de Estrasburgo de 20 de Abril de 1959 e a sua imperatividade perdura ainda

1809 JAMIN, *Action Directe*, pp. 63-64 e 366-367, defende que a acção directa corresponde a um mecanismo, por vezes, translativo de um direito – nesses casos: um direito derivado – e, por vezes, aquisitivo de um direito – nesses casos: um direito próprio. Acrescenta, sobre estes últimos casos, que a acção directa está «ao serviço de um direito próprio, embora sem transitar pelo património do devedor intermédio» (p. 64).

1810 FLATTET, *CCA*, pp. 178-179. JAMIN, *Brèves Réflexions*, p. 288.

hoje em toda a União Europeia.¹⁸¹¹ Na Alemanha, essa acção directa foi introduzida em 1965.¹⁸¹²

Nos primórdios da história do seguro de responsabilidade civil, era fundamentalmente a protecção do património do segurado que estava em causa, e não a tutela da posição da vítima – o terceiro lesado. Noutros ramos de seguro, o terceiro foi mais cedo desempenhando um papel importante: designadamente no seguro de incêndio, em que era importante o papel do credor hipotecário, e no seguro de vida, em que era importante o papel do beneficiário.¹⁸¹³ Os valores dominantes foram-se alterando, tal como no resto do mundo, na direcção de uma maior protecção do terceiro lesado.¹⁸¹⁴ A sua protecção não se assegurou, contudo, por via do reconhecimento de uma acção directa.

Em primeiro lugar, dispôs o legislador alemão de 1939, em alteração ao regime geral dos seguros de responsabilidade civil, que os actos de disposição do crédito à prestação do segurador, qualquer que fosse a sua fonte, eram ineficazes perante o terceiro lesado.¹⁸¹⁵ Isto significava que, não obstante a inexistência de qualquer pretensão directa contra o segurador, o terceiro lesado podia penhorar o direito de crédito do segurado contra o segurador para subsequentemente fazer seu o montante da indemnização, independentemente dos meios de defesa que o segurador pudesse ter contra o segurado fundados em eventuais actos dispositivos anteriores.¹⁸¹⁶ A isto acrescia que, em caso de insolvência do segurado, o terceiro lesado não concorria com os restantes credores no que dissesse respeito à execução do crédito contra o segurador.¹⁸¹⁷ Foi este o primeiro patamar de protecção legal conferida ao terceiro lesado.

1811 Cfr. o art. 6.º do anexo à Convenção de Estrasburgo de 20.04.1959. Ainda antes da sua ratificação, pela República Federal Alemã, MÖLLER, *Einführung*, pp. 409-470, *maxime* pp. 455-470, analisava em detalhe esta nova figura, questionando-se se seria de recomendar a sua importação na Alemanha. Conclui que não, que o direito alemão dos seguros de responsabilidade civil atingira já «um patamar de protecção social exemplar» (p. 417).

1812 Neste sentido, MÖLLER, *Double Nature*, p. 250. BAYER, *Vz Dritter*, pp. 172-173, observa que a acção directa do terceiro lesado contra o segurador de responsabilidade civil era desconhecida do direito alemão. A única excepção a esta regra foi precisamente a sua introdução no domínio do seguro obrigatório de acidentes de viação.

1813 GORETZKY, *Leistungspflicht*, pp. 5-7.

1814 Cfr. GORETZKY, *Leistungspflicht*, p. 28.

1815 § 156 I VVG. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 156 pp. 850-857.

1816 Cfr. DEUTSCH, *VVR*, pp. 71-72; VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 156 pp. 851-852 mm. 1 e 7; HOFMANN, *PVR*, p. 63; e JOHANNSEN, *Dritte Personen*, pp. 1177-1178.

1817 § 157 VVG. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 157 pp. 857-858. Cfr. ainda GORETZKY, *Leistungspflicht*, pp. 9-11; e JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1178.

Com o crescente número de veículos automóveis em circulação, entendeu-se, todavia, que se mostrava conveniente mais alguma protecção económica contra certos riscos de massa.¹⁸¹⁸ Um novo padrão de protecção do terceiro lesado foi introduzido na reforma de 1939. Manteve-se, como ponto de partida, o princípio da separação.¹⁸¹⁹ De acordo com este princípio, o processo de responsabilização do segurado em nada se altera, pela circunstância de existir um seguro, entrando este em acção num processo distinto, posterior à imputação da responsabilidade ao segurado, e não tendo o lesado qualquer pretensão contra o segurador. Costuma dizer-se que, por via do princípio da separação, o seguro segue a responsabilidade, e não o inverso. No entanto, e só para os seguros obrigatórios, foi criado um novo mecanismo, de interpretação algo complicada.¹⁸²⁰ Quis-se deixar bem claro que, com o novo regime, não se conferia ao terceiro lesado qualquer pretensão directa contra o segurador.¹⁸²¹ Contudo, ao mesmo tempo veio determinar-se que, ainda que o segurador se exonerasse parcial ou totalmente da sua obrigação de pagamento da indemnização perante o segurado, a obrigação continuaria em vigor no que respeita ao terceiro lesado.¹⁸²² E que quaisquer circunstâncias determinantes da inexistência ou extinção do contrato só seriam oponíveis ao terceiro lesado um mês depois de terem sido comunicadas pelo segurador à entidade de supervisão.¹⁸²³ Ou seja, com este regime passou a haver um grande número de situações em que o segurador se libertava do seu dever de prestar perante o segurado, não podendo todavia opor ao lesado a sua libertação.¹⁸²⁴ Não houve nenhuma concepção dogmática por detrás deste regime: apenas, historicamente, uma preocupação económico-social com a posição do

1818 Cfr. BK/BECKMANN, p. 1854 § 158c m. 1; e GORETZKY, *Leistungspflicht*, pp. 29-30.

1819 *Trennungsprinzip*. A sua sede legal era o § 149 VVG. Segundo este preceito, nos seguros de responsabilidade civil, o segurador obriga-se *perante o tomador* a pagar a indemnização por este devida a terceiros. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 149 p. 821 m. 24. Actualmente, é ainda mais claro o correspondente § 100 VVG 2008. Este faz referência, não a um direito ao pagamento da indemnização, mas somente a um direito de exoneração das pretensões de terceiros. O mesmo princípio se consagrou em Itália (art. 1917 CCit). Cfr. *infra* n. 1841.

1820 Com sede no § 158c VVG. Cfr. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 158c pp. 862-869. Actualmente, cfr. o § 117 VVG 2008. O regime não sofreu alterações de substância, apesar das diferenças de redacção. Cfr. MEIXNER/STEINBECK, *Neue VVG*, p. 156.

1821 É muito claro o § 158c VI VVG. Não se conferiu ao lesado qualquer pretensão no sentido do § 194 I BGB. Nesse sentido, GORETZKY, *Leistungspflicht*, p. 161. Cfr. ainda KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 158c p. 863 m. 2.

1822 Cfr. o § 158c I VVG.

1823 Cfr. o § 158c II VVG.

1824 Cfr. JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1178; e KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 158c p. 863 m. 5. Ao contrário do que se passa no regime geral, este mecanismo confere ao terceiro lesado protecção contra ocorrências como a violação dos deveres e ónus contratualmente impostos ao segurado de um seguro obrigatório de responsabilidade civil.

terceiro lesado. Consequentemente, a doutrina alemã sentiu alguma dificuldade em determinar a natureza jurídica do novo mecanismo, tendo sido apresentadas as mais variadas teses. A maioria dos autores parece actualmente convergir na conclusão de que se trata de uma «ficção».¹⁸²⁵

O raciocínio é o seguinte: ainda que não subsista, na relação entre o segurador e o segurado, obrigação alguma do primeiro de pagar a indemnização, na relação entre o segurador e o terceiro lesado ficciona-se a subsistência dessa obrigação entre o segurador e o segurado. Permite-se por este meio que em todos os casos o terceiro lesado penhore a pretensão – por vezes fictícia – do segurado contra o segurador.¹⁸²⁶ Se o segurado é responsável, em princípio, o segurador também o será.¹⁸²⁷ Tal como no ordenamento francês, o ponto de partida pelo menos subjacente a estes mecanismos também parece ter sido o de que, juridicamente, o montante da indemnização a pagar ao terceiro lesado passaria necessariamente pelo património do segurado. Por este motivo, em caso de insolvência do segurado, a protecção de todo o terceiro lesado contra os demais credores daquele obtivera-se, como vimos, criando na esfera deste um privilégio sobre o montante da indemnização a pagar pelo segurador.¹⁸²⁸ O que a doutrina se apressou a explicar, reconhecendo que, uma vez penhorado, o direito do segurado contra o segurador sofreria uma transformação qualitativa, passando de uma pretensão de exoneração (*Befreiungsanspruch*) a uma pretensão ao pagamento de uma indemnização (*Zahlungsanspruch*).¹⁸²⁹

1825 Cfr. BK/BECKMANN, pp. 1855-1856 § 158c m. 5; KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 158c p. 863 m. 3; JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1178; ou HOFMANN, *PfR*, p. 296.

1826 BK/BECKMANN, p. 1859 § 158c m. 13; e KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 158c p. 865 mm. 12-13.

1827 HOFMANN, *PfR*, p. 297.

1828 Cfr. *supra* n. 1817. Cfr. ainda a solução dada ao problema no direito suíço, em que se constituiu um «direito de penhor» do lesado sobre o crédito do segurado contra o segurador (art. 60/1 *VVG*ch). CARRON, *Komm. Schw. VVG*, art. 60 p. 848 mm. 3-4, nota que, para a maioria dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a lei estabelece um meio de protecção ainda mais forte para o terceiro lesado: a acção directa. Nos restantes casos, existe este «direito de penhor» sobre o crédito do segurado contra o segurador, que impediria o montante da indemnização de vir a ser partilhado entre os restantes credores do segurado. Acrescenta que, devido a este direito, o terceiro lesado tem ainda o direito de exigir ser informado sobre o teor da apólice (p. 851 m. 19).

1829 Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 149 e 156 pp. 815 e 853 mm. 2-3 e 11; e DEUTSCH, *VfR*, pp. 71-72. Actualmente, a lei vem esclarecer que o segurado pode transmitir o seu direito ao terceiro lesado. Cfr. o § 108 II *VVG* 2008. Nesse caso, o conteúdo do direito também sofre semelhante transformação. Nesse sentido, cfr. ainda MEIXNER/STEINBECK, *Neue VVG*, pp. 148-149; e BAUMANN/SANDKÜHLER, *Neue VVG*, pp. 110-112.

O regime da ficção aplicava-se unicamente aos seguros obrigatórios de responsabilidade civil.¹⁸³⁰ Porque se entendeu que apenas nestes o terceiro lesado seria merecedor dessa especial tutela legal. Afinal, se a lei deixa ao tomador a decisão sobre se celebra ou não o seguro, dá sinal de que o entende desnecessário, não fazendo sentido penalizar o tomador que decida celebrá-lo, nada fazendo quanto ao que decida não o celebrar.

O nível de protecção oferecido por este regime viria a ser ultrapassado, unicamente no que concerne ao seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, pela consagração da acção directa em 1965.¹⁸³¹ A acção directa foi configurada como uma determinação de co-responsabilidade legalmente prescrita, do segurador perante o terceiro lesado. A doutrina sublinha esta diferença fundamental entre este regime e os demais: neste a posição do segurador é a de um verdadeiro co-devedor solidário.¹⁸³² E a pretensão do lesado tem natureza delitual: não se funda no contrato de seguro, embora o pressuponha.¹⁸³³ O regime anterior continuaria a aplicar-se aos demais seguros obrigatórios de responsabilidade civil, visto que, em direito alemão, em todo o direito contratual dos seguros, para além do seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, não mais se estabeleceu qualquer outra acção directa do terceiro

1830 É o que decorre do disposto no § 158b I VVG. Aplica-se a todos os seguros obrigatórios de responsabilidade civil, sem prejuízo do regime daquele em que o lesado goza de um nível de protecção ainda mais elevado: o seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação. Cfr. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 158b p. 861 m. 1. Note-se ainda que este regime intermédio de protecção não se aplica quando o lesado tenha uma pretensão de ressarcimento dos seus danos contra outro segurador: § 158c IV VVG. Cfr. § 158c pp. 867-868 mm. 23-24.

1831 Cfr. § 3 PflichtVersG. Cfr. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 3 PflichtVersG pp. 1617-1641. Cfr. ainda HOFMANN, PVR, p. 295.

1832 Cfr. § 3 II PflichtVersG. Cfr. SIEG/GÄRTNER, *Rechte Dritter*, p. 32; SIEG, *Rechte Dritter*, pp. 61-62; KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 3 PflichtVersG pp. 1624-1626 mm. 10-15. O terceiro lesado pode propor a acção, em alternativa, contra o segurador, contra o segurado, ou contra ambos, em litisconsórcio.

1833 Neste sentido, KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 3 PflichtVersG p. 1623 m. 4. Cfr. MÖLLER, *Double Nature*, p. 251. O autor analisa o que chama a «dupla natureza» da acção directa do terceiro lesado contra o segurador: este é um direito de natureza delitual mas que se encontra ligado a um contrato de seguro de responsabilidade civil (pp. 255-260). A co-responsabilidade liga-se ao facto exterior de existência de um contrato de seguro, à sua existência no momento da ocorrência do sinistro, ou mesmo à simples aparência de um contrato de seguro. Cfr. igualmente as conclusões que retirava desta figura, antes mesmo da sua importação para o direito alemão, em *Einführung*, pp. 462-465. Cfr. ainda JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1178. Sublinhando que não se trata de um seguro por conta de outrem ou de um contrato a favor de terceiro, MÖLLER, *Rechte Dritter*, p. 19. Cfr. ainda BAYER, *Vz Dritter*, p. 173, para quem a acção directa surge como uma pretensão de responsabilidade «quase delitual». A propósito da distância entre a acção directa e o contrato a favor de terceiro, sublinha a clara independência entre a pretensão de acção directa e a eficácia ou ineficácia da relação entre segurador e segurado (cfr. o § 3 IV e V PflichtVersG). No regime actual, a solidariedade entre devedores nos casos de acção directa do lesado foi expressamente consagrada nos §§ 115 I 4 e 116 VVG 2008. No que respeita ao direito português, cfr. *infra* o texto junto à n. 1888.

lesado contra o segurador.¹⁸³⁴ A situação manteve-se assim até à entrada em vigor do VVG 2008, no dia 1 de Janeiro de 2008. O regime actualmente vigente mantém a acção directa no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, e estende-a todos os seguros obrigatórios de responsabilidade civil, *mas apenas* nos casos de insolvência ou paradeiro desconhecido do tomador.¹⁸³⁵

Vemos assim que a crescente tendência da lei alemã para uma maior protecção do terceiro lesado não a conduziu no caminho da acção directa. A consagração da acção directa foi mesmo sentida como uma brecha no princípio da separação.¹⁸³⁶ Era-lhe avessa a posição clássica da doutrina, segundo a qual o terceiro lesado nos seguros de responsabilidade civil se distingue do segurado nos seguros de acidentes pessoais por não adquirir o primeiro, ao contrário do segundo, uma pretensão imediata contra o segurador.¹⁸³⁷

A doutrina germânica arrumava os seguros de responsabilidade civil no respectivo sistema jurídico em função dos seus três níveis distintos de protecção do terceiro lesado. Num primeiro nível, a protecção do terceiro lesado seria pouco mais do que meramente reflexa. A menos que o contrário resultasse de estipulação, ao terceiro lesado não se reconheciam quaisquer pretensões contra o segurador. Era o nível dos seguros voluntários de responsabilidade civil. Um nível intermédio de protecção abrangeria a generalidade dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, para os quais vigorava o regime da ficção a que me referi. Apenas no terceiro nível de protecção, em que se inseria unicamente, e por imposição comunitária, o seguro obrigatório de responsabilidade civil

1834 Neste sentido, VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 156 p. 851 m. 1. No sistema alemão, os acidentes de trabalho são cobertos por um esquema de segurança social estatal que não tem a natureza de um contrato de seguro de responsabilidade civil (*Berufsgenossenschaft*).

1835 Cfr. o § 115 I VVG 2008. Cfr. MEIXNER/STEINBECK, *Neue VVG*, pp. 155-156; BAUMANN/SANDKÜHLER, *Neue VVG*, pp. 26 e 118-119; e FRANZ, *Neuregelungen*, p. 309. BAUMANN/SANDKÜHLER observam que o governo propusera alargar a acção directa a todos os seguros obrigatórios, não tendo no entanto conseguido levar avante a sua proposta. Notam ainda que, quando a lei faz referência ao paradeiro desconhecido do tomador, não significa isto que a acção directa se aplique a todos os casos em que o terceiro lesado desconheça o seu paradeiro, mas antes que, depois de realizadas todas as diligências ao seu alcance, o tomador não tenha sido localizado.

1836 Neste sentido, CORBISIER, *Recherche*, pp. 332-334. Cfr. *supra* n. 1820.

1837 Neste sentido, GORETZKY, *Leistungspflicht*, p. 5; e MÖLLER, *Einführung*, p. 417. Este último, contrário à introdução do mecanismo da acção directa no direito alemão, explicava que aquela transformaria os seguros de responsabilidade civil em seguros de coisas ou de acidentes pessoais.

por acidentes de viação, se reconhecia ao terceiro lesado um direito de acção directa contra o segurador.¹⁸³⁸

Actualmente, mantêm-se os três níveis de protecção: o primeiro, que se mantém para os seguros voluntários de responsabilidade civil, o segundo, que se mantém para os seguros obrigatórios de responsabilidade civil, salvo nos casos de insolvência ou paradeiro desconhecido do tomador, e o terceiro, cujo âmbito de aplicação se estendeu a estes últimos casos.

6.4.2.4. Em Portugal

Em Portugal, seguimos a tradição francesa no estabelecimento do instituto da acção subrogatória e admitindo, em certos casos, retirados da experiência francesa, a acção directa do credor contra o *debitor debitoris*. Contudo, no que respeita ao direito dos seguros, a nossa evolução distanciou-se dos direitos de matriz francesa e seguiu mais de perto a evolução na matriz germânica. Foi assim, pelo menos no que concerne ao direito legislado, dado que, porventura por influência da doutrina de expressão francófona, nem sempre esta distância foi entre nós bem apreendida.

Não há nem houve, no nosso sistema qualquer base legal para a conclusão da existência de uma acção directa generalizada em todos os seguros de responsabilidade civil. A meu ver, bem. Note-se que, reconhecendo-se ao terceiro lesado um direito de acção directa contra o segurador, designadamente nos moldes em que este se estabeleceu no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, chega a permitir-se que a questão da existência ou não de responsabilidade do segurado se discuta e se decida unicamente entre o segurador e o terceiro lesado, ou entre estes perante o tribunal, com consequências, designadamente, para o cálculo de futuros prémios a pagar pelo tomador-segurado, sem que este tenha sequer legitimidade para impor a sua intervenção na discussão.¹⁸³⁹

1838 Cfr. MÖLLER, *Double Nature*, p. 250; e *Rechte Dritter*, p. 19. Cfr. ainda SIEG/GÄRTNER, *Rechte Dritter*, pp. 32 e 37; e SIEG, *Rechte Dritter*, pp. 60-62. O regime mais elevado de protecção constava do § 3 PflichtVersG. O regime intermédio dos §§ 158b-k VVG. O regime geral dos §§ 149-158a VVG.

1839 BAKER, *Liability Insurance*, pp. 9-10, alerta para a *portfolio approach to litigation management* dos seguradores, com o consequente desvio da atenção sobre a culpa individual de cada lesante segurado, em benefício de uma gestão agregada dos custos.

Este aspecto pode ser visto sob um duplo prisma, na medida em que, consoante as circunstâncias, este mecanismo pode resultar numa vantagem ou numa desvantagem para o tomador-segurado. Se é verdade que assim se limita fortemente o poder de intervenção do segurado, constituindo na sua esfera o que poderá designar-se como sujeição, não é menos verdade que o segurado tem igualmente o que poderia qualificar-se como uma imunidade perante o terceiro lesado, na medida em que a este é retirado o poder de exigir o pagamento da indemnização ao próprio responsável.¹⁸⁴⁰ A questão não deve, por conseguinte, ser tratada sem uma cuidada ponderação dos vários interesses em jogo.

Veja-se o disposto no art. 741.º CC.¹⁸⁴¹ De acordo com este preceito, o crédito da vítima de um facto que implique responsabilidade civil tem um privilégio creditório mobiliário especial sobre a indemnização devida pelo segurador da responsabilidade em que o segurado haja incorrido. Privilégio em relação aos restantes credores do segurado, para prevenir o terceiro lesado contra a sua eventual insolvência. Este preceito não só não implica o reconhecimento generalizado da acção directa do terceiro lesado, pelo contrário, implica o seu definitivo afastamento, desde logo porque, à semelhança do que ocorreu na Alemanha, parece pressupor a passagem do montante em causa pelo património do segurado.¹⁸⁴² Não sendo esse o caso, o direito de acção directa tornaria absolutamente supérfluo o privilégio. A única hipótese interpretativa seria mesmo a de

1840 A terminologia usada neste ponto vai beber inspiração à obra de HOHFELD, *Conceitos*, pp. 28 e 57-85. Sublinhando este segundo aspecto da posição do segurado, cfr. VELOSO, *Risco*, pp. 295-302 e 307-309, a propósito da distinção entre os contratos de seguro que «transferem» a responsabilidade e os que só «transferem» o risco. Sobre a distinção, dentro dos *risk-shifting contracts*, entre aqueles que são um *means of risk control*, porque transferem *exposures to loss*, e aqueles que são um *means of risk financing*, porque transferem os custos de financiamento da *recovery from loss*, cfr. HEAD/ELLIOTT/BLINN, *Essentials*, pp. 281-336. VELOSO prefere, em linguagem jurídica, referir-se à contraposição entre as transferências de imputação do risco e as transferências do financiamento do risco. O contrato de seguro pertence, na maioria dos casos, a esta última categoria. Pertencerá à primeira quando a lei consagre um direito de acção directa do terceiro contra o segurador. A questão dá por vezes azo a alguma confusão, sobretudo no domínio dos seguros de responsabilidade civil, onde usa falar-se, generalizadamente, numa «transferência da responsabilidade» do segurado para o segurador. Cfr. as observações críticas de VAZ SERRA, *Fundamento*, p. 228. Para o autor, os seguros de responsabilidade civil podem configurar-se de dois modos: (i) «de maneira a vincular-se o segurador apenas para com o segurado»; ou (ii) «de modo a constituir-se o segurador em obrigação para com a vítima do acidente, havendo então um contrato a favor de terceiro». O autor sublinha que em nenhum desses casos o segurado pode exonerar-se perante o lesado, fazendo-se substituir pelo segurador na titularidade do dever de o indemnizar, pelo que é pouco rigoroso o recurso ao termo «transferência». O autor não toca o tema da acção directa, referindo-se somente ao teor do contrato.

1841 Cfr. ainda o art. 747.º/1/d) CC. Cfr. *supra* n. 1817. Em Itália, veja-se, no mesmo sentido, o privilégio consagrado no art. 2767 CCit. Cfr. DONATI, *Trattato III*, pp. 425-432. A doutrina italiana largamente dominante nega a existência de uma acção directa, com base na interpretação conjunta do disposto neste preceito e no art. 1917 CCit (cfr. *supra* n. 1819). Cfr. PAVARIN em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 2767 p. 3103. DONATI, todavia, é partidário da tese contrária.

afastar a existência de qualquer privilégio, concluindo, como a jurisprudência e doutrina francesas mais ou menos implicitamente fizeram, que, não obstante a referência literal, o único mecanismo verdadeiramente consagrado no preceito seria o da acção directa. Note-se que não se trata, como nalguns exemplos vindos de além fronteiras, de um privilégio que também cubra, por exemplo, seguros de coisas. Trata-se de um preceito *especificamente pensado* para os seguros de responsabilidade civil. Ora, se o terceiro lesado fosse, em todos os casos, necessariamente titular de um direito de acção directa contra o segurador, não faria sentido consagrar um privilégio creditório para preveni-lo contra a insolvência do segurado.¹⁸⁴³

Examine-se agora o disposto no art. 692.º/1 e 2 CC, cujo âmbito de aplicação já extravasa o domínio dos seguros de responsabilidade civil. O preceito estende a garantia do credor hipotecário aos direitos de crédito sobre eventuais indemnizações de seguro resultantes da perda, deterioração ou diminuição de valor da coisa ou direito hipotecados, bem como às próprias quantias pagas pelo segurador a título de indemnização.¹⁸⁴⁴ Note-

1842 Quanto à construção dogmática que a doutrina alemã delineou por forma a compatibilizar esta disposição com a conclusão de que o montante não chega efectivamente a passar pelo património do segurado, sustentando que com a penhora do direito do segurado ocorreria uma sua transformação, de pretensão de exoneração (*Befreiungsanspruch*) em pretensão ao pagamento de uma indemnização (*Zahlungsanspruch*), veja-se *supra* o texto junto à n. 1829. Esta construção não obsta, naturalmente, a que se conclua pela incompatibilidade entre a atribuição de um privilégio e de um direito de acção directa ao terceiro lesado. Contra, JOSSERAND, *Droit Civil*, p. 850. MOTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 291-292 n. 63, afirma que a criação do privilégio exclui um direito próprio do terceiro lesado. A pp. 292-293, sustenta no entanto que o direito de acção directa deste último se funda, não num direito próprio, mas precisamente neste privilégio, que demonstraria que o titular do crédito contra o segurador é o segurado, referindo-se mais adiante à circunstância de, em caso de insolvência do segurado, o crédito se encontrar no património do segurado e poder servir para o ressarcimento de credores com privilégio preferente. O autor parece estar a referir-se, não ao instituto da acção directa, mas ao da acção sub-rogatória, até porque termina propondo que entre nós se evolua no sentido de atribuir ao terceiro lesado um direito exclusivo à indemnização, ou seja, de passar de uma acção sub-rogatória para uma acção directa, à semelhança do que se passara em França. BETTENCOURT DE FARIA, *Conceito*, p. 797, repara que a acção directa não pode fundar-se directamente no privilégio, não impondo a lei o seu reconhecimento, mas que foram os tribunais que, por razões de interesse público, complementaram com o seu reconhecimento o regime do art. 741.º CC.

1843 A jurisprudência francesa criou algumas acções directas a partir de preceitos semelhantes a estes. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1793. Há, todavia, um entendimento generalizado na doutrina francesa no sentido de que tais acções directas são uma criação jurisprudencial, assim se reconhecendo, ao menos tacitamente, que da criação legal de um privilégio não pode verdadeiramente extrair-se um direito de acção directa. Veja-se, todavia, o entendimento contrário de ROMANO MARTINEZ (*infra* n. 1849).

1844 Na Alemanha, os §§ 1127 e 1130 BGB e 101-107c VVG instauram um regime especial a favor dos credores titulares de direitos reais: estendem-nos ao crédito de seguro. Sobre este regime, cfr. KOLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 99-107c pp. 749-773; JOHANNSEN, *Dritte Personen*, pp. 1175-1177; HOFMANN, *PfV*, pp. 64-65; ou DEUTSCH, *VVG*, pp. 70-71. Cfr. ainda as análises de JAMIN, *Action Directe*, pp. 57-64; e de CORBISIER, *Recherche*, p. 331. Esta última autora conclui que este não é um caso de acção directa (p. 332). Diferentemente, o regime resultante do art. L.121-13 CAfr.

se que o credor hipotecário não passa a ocupar a posição de segurado, ou qualquer outra posição *no contrato*, visto que a sua pretensão não se constitui numa relação com o segurador, incidindo unicamente sobre os direitos de crédito do segurado, esse, sim, credor do segurador, ou sobre as quantias pagas por este último, assim que entrarem no património do segurado.¹⁸⁴⁵

O preceito aplica-se ainda aos privilégios, por remissão do art. 753.º CC.¹⁸⁴⁶ A referência no n.º 2 ao «prejuízo dos direitos conferidos no número anterior» corresponderá ao reconhecimento generalizado de acção directa ao terceiro lesado? É certo que, depois de notificado do sinistro, o segurador não se libera se pagar a indemnização «com prejuízo dos direitos» do lesado. Mas isso nunca ocorre, pois o segurador, ou paga directamente ao terceiro lesado, ainda que no cumprimento de uma obrigação para com o segurado, ou paga ao segurado, mas só depois de este ter feito idêntico pagamento ao lesado.¹⁸⁴⁷ Se o segurado não accionar o seguro, coloca-se a questão de saber de o lesado tem o direito de o fazer. Julgo que nada nos permite sustentá-lo por via da acção directa. Para além do que se disse a este respeito, temos agora, como argumento adicional, a circunstância de o direito de acção directa resultar nas disposições especiais reguladoras dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, o que impede uma analogia para os seguros facultativos.¹⁸⁴⁸ Não havendo acção directa, poderá fazê-lo por via da acção sub-rogatória, não se encontrando neste caso desprotegido devido ao privilégio de que dispõe em relação aos restantes credores do segurado.¹⁸⁴⁹

1845 Nesse sentido, EHRENBURG, *VR I*, p. 177.

1846 Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos*, p. 115; e *Contratos Comerciais*, pp. 89-90; e MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 292-293.

1847 SOMMER, *Rechtsnatur*, p. 17.

1848 Cfr. o art. 146.º/1 LCS. O n.º 2 acrescenta que a indemnização é paga com exclusão dos demais credores do segurado. Na verdade, esta protecção não resulta de uma necessidade prática, visto desconhecer exemplos de seguros de responsabilidade civil, obrigatórios ou voluntários, em que o direito de crédito do segurado inclua uma competência de aquisição da indemnização. Com efeito, ao segurado confere-se unicamente a faculdade de exigir que o seu pagamento se faça ao terceiro, acompanhada da permissão específica do aproveitamento da prestação, que neste caso tem como resultado a sua exoneração perante o terceiro. Cfr. *supra* o texto junto à n. 1806.

1849 Em Portugal, o problema é extensamente tratado por J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 176-256, *maxime* pp. 225-231. O autor afasta a existência de uma acção directa. Contra, veja-se PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, p. 715; na sua senda, JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 123. ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, p. 91; *Âmbito*, p. 163; *Apontamentos*, pp. 115-116; e *Relatório*, pp. 74-75, chega mesmo a sustentar a existência de uma acção directa com base, não só neste preceito, como também no próprio art. 741.º CC e no regime do contrato a favor de terceiro, em especial o disposto no art. 443.º CC. Neste sentido, cfr. os Ac. RP 31.01.1973; e Ac. RP 21.12.1973. Cfr. MARIA CLARA LOPES, *Responsabilidade*, p. 29. A autora faz remontar a origem do entendimento da corrente jurisprudencial, actualmente ainda dominante, de que os seguros obrigatórios de responsabilidade

Do regime geral decorre, por conseguinte, que entre nós os seguros de responsabilidade civil não dão azo, pelo simples facto de o serem, a um direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador. No que respeita aos seguros voluntários de responsabilidade civil, note-se que nem por isso será lícita a aposição de uma cláusula de confidencialidade no contrato. Proíbe-o o disposto no art. 741.º CC.¹⁸⁵⁰ Com efeito, tendo o terceiro lesado um privilégio creditório mobiliário especial sobre a indemnização devida pelo segurador da responsabilidade em que o segurado haja incorrido, não pode admitir-se que as partes lhe ocultem informação essencial ao exercício do direito.

A questão é distinta no domínio dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil. O fenómeno da multiplicação dos seguros obrigatórios é mais intenso nuns sistemas jurídicos do que noutros.¹⁸⁵¹ A transição do seguro facultativo para o obrigatório reflecte uma significativa alteração da ponderação dos interesses em jogo, da primazia do do segurado para o do terceiro lesado.¹⁸⁵² A legislação actual resolve de forma directa o problema.¹⁸⁵³ Cumpre, no entanto, esclarecer que, na ausência de semelhante disposição,

civil seriam sempre a favor de terceiro, aos casos que surgiam em matéria de seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação, antes mesmo de este se ter tornado obrigatório. Desde então, o tema não tem merecido a atenção da jurisprudência portuguesa, que deixou de sentir a necessidade de recorrer a semelhantes disposições legais para fundar o direito de acção directa do terceiro lesado num seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação, a partir do momento em que a matéria foi objecto de regulação própria nesse sentido. Cfr. *infra* n. 1862.

1850 Que deverá prevalecer sobre o disposto no art. 91.º/3 LCS. Deste preceito retira-se a admissibilidade de estipulação de uma cláusula de confidencialidade, que afastaria o dever de informação do segurador aos terceiros, identificados na apólice, titulares de direitos «ressalvados no contrato» ou beneficiários irrevogáveis do seguro, em relação às alterações contratuais que os possam prejudicar (n.º 2). Em princípio, não será esse o caso do terceiro lesado. Mas o argumento *a fortiori* poderia levar-nos a estender aos demais terceiros a possibilidade de estipulação de uma cláusula de confidencialidade. Esta não se admite, na medida em que possa ter por efeito a ocultação da situação subjacente ao privilégio creditório ou, no caso de um seguro obrigatório, a situação subjacente ao direito de acção directa do terceiro lesado contra o segurador. Cfr. *supra* n. 1828.

1851 FONTAINE, *Assurances*, p. 57 n. 146, afirma que actualmente há mais de cinquenta seguros obrigatórios na Bélgica. Na Europa, só há ainda mais seguros obrigatórios em França. Outros países em que o fenómeno se intensificou foram Espanha e Portugal. RODE, *Ass. Resp.*, pp. 704-705, 711-713 e 723, nota que o número de seguros obrigatórios era reduzido até 1960. O último quartel do séc. XX viu a situação alterar-se radicalmente, sobretudo em França e na Bélgica. São estes os países com um maior número de seguros obrigatórios na Europa. Em 2001, a lista oficiosa enumerava mais de duzentos textos legais e regulamentares sobre a matéria – embora seja de notar que alguns deles estabelecem mais de um seguro obrigatório e vários se aplicam ao mesmo seguro obrigatório. Nesta evolução cabe um particular relevo à multiplicação dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil. RODE dá nota da actual discussão sobre a possibilidade de tornar obrigatório o seguro de responsabilidade civil dito «vida privada».

1852 Cfr. LEITE DE CAMPOS, *JRC*, pp. 23-24 e 37-52.

1853 Cfr. o art. 146.º/1 LCS. Trata-se de disposição «relativamente imperativa» (art. 13.º/1 LCS). Em tempos, a nossa lei chegara a dispor em sentido semelhante, se bem que não de forma tão clara, ao estabelecer que, nos seguros obrigatórios, a suspensão da cobertura por falta de pagamento do prémio só era oponível ao próprio tomador, tendo o segurador direito de regresso contra este

teríamos de distinguir entre os casos em que a acção directa se encontra consagrada na lei dos demais casos, designadamente, os casos em que a lei se limita a determinar a mera obrigatoriedade de existência de um dado seguro e o limite mínimo do capital seguro – de que é exemplo o seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional dos advogados.

Nestes últimos casos, haveria que colocar a questão de saber se a mera imposição da obrigatoriedade do seguro seria suficiente, por si só, para concluir pela existência de um direito do terceiro lesado a exigir a prestação do segurador. Porque, como pode concluir-se da observação do exemplo alemão, não há uma relação de implicação necessária entre ambas as realidades: obrigatoriedade do seguro e acção directa. Uma boa demonstração encontra-se na sucessão de directivas comunitárias sobre o seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação. Recuando um pouco no tempo, a obrigatoriedade deste seguro já se encontrava no art. 6.º do anexo à Convenção de Estrasburgo de 20 de Abril de 1959. No que respeita apenas à imposição da obrigatoriedade do seguro, temos, em seguida, a Directiva n.º 72/166/CEE, do Conselho, de 24 de Abril de 1972 (1.ª «Automóvel»)¹⁸⁵⁴. Todavia, o estabelecimento de uma acção directa do terceiro lesado contra o segurador só vem a tornar-se necessário, numa primeira fase apenas em caso de acidente transfronteiriço, com a Directiva n.º 2000/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Maio de 2000 (4.ª «Automóvel»)¹⁸⁵⁵. Numa segunda fase, essa necessidade é estendida a todos os acidentes, com a Directiva n.º 2005/14/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Maio (5.ª «Automóvel»)¹⁸⁵⁶⁻¹⁸⁵⁷. Reconhecem-se,

relativamente a quaisquer quantias pagas a terceiros durante o período de suspensão, no art. 6.º/2 do DL n.º 162/84, de 18 de Maio (entretanto revogado).

1854 Cfr. o Considerando 8 e os arts 3.º/1 e 6.º.

1855 Cfr. os Considerandos 10 e 14 e o art. 3.º.

1856 Cfr. o Considerando 21 e os arts. 4.º e 5.º. Esta última directiva foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Pode encontrar-se uma panorâmica actualizada da legislação comunitária do sector ainda em vigor, com a indicação da que entretanto foi total ou parcialmente revogada, em http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/legislation_en.htm.

1857 Digno de nota é o novo regime «de ressarcimento directo» em vigor no ordenamento italiano desde 01.01.2006. Cfr. BALLARANI, *Indennizzo Diretto*, pp. 3-37. O regime diz respeito ao seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação. O princípio geral, da acção directa do lesado contra o segurador do responsável, consta do art. 144/1 CAIt. Contudo, se todos os envolvidos num acidente gerador de danos patrimoniais tiverem seguro, deverão antes dirigir as suas reclamações aos respectivos seguradores (art. 149/1 CAIt). É este o chamado procedimento de ressarcimento directo. Os seguradores dos lesados não responsáveis devem indemnizá-los por conta dos seguradores dos responsáveis, a quem depois pedirão o reembolso do que houver sido pago (art. 149/3 CAIt). Nos casos a que o regime se aplique, os lesados só podem agir contra os seus próprios seguradores e não contra os seguradores dos responsáveis, embora estes últimos tenham legitimidade para intervir na acção, se assim o entenderem (art. 149/6 CAIt). BALLARANI analisa este novo regime. Afirma que o

contudo, razões ponderosas para considerar que, se o legislador entende tornar obrigatória a celebração de alguns seguros de responsabilidade civil, fá-lo para protecção dos terceiros lesados, pelo que não faria sentido não se lhes estender, em todos os casos, a acção directa contra o segurador.¹⁸⁵⁸

Havia apenas uma ou duas acções directas do terceiro lesado contra o segurador unanimemente tidas como consagradas na lei – uma ou duas, dependendo da posição a adoptar acerca da natureza da segunda. A primeira surgia no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, já vimos que por imposição comunitária. A segunda, menos pacífica, existiria, para alguns autores, no seguro obrigatório de acidentes de trabalho.¹⁸⁵⁹ A acção directa não se estabelecera expressamente em nenhum dos casos: a expressão não consta da legislação, e a lei nunca se refere explicitamente a uma pretensão do terceiro lesado. Na responsabilidade civil por acidentes de viação, a acção directa resultava sobretudo do disposto no art. 64.º/1 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto (e dos preceitos legais equivalentes que o precederam). Nos acidentes de trabalho, tinha unicamente apoio no art. 16.º/3 da Apólice Uniforme do Seguro de Acidentes de Trabalho para Trabalhadores por Conta de Outrem.¹⁸⁶⁰ Havia noutras matérias várias apólices uniformes que, nada dizendo sobre a acção directa, pareciam no entanto pressupô-la nalgumas das suas disposições. Pense-se, por exemplo, que grande parte das apólices uniformes, ao definirem a franquia, fazem referência à sua inoponibilidade ao

segurador do lesado é obrigado a agir por conta do outro segurador no processo de liquidação do dano. É uma actividade de gestão por conta de outrem, que compreende, não só a antecipação da quantia em causa, mas também a determinação do *an* e do *quantum debeat*. O autor comenta que a lei usa incorrectamente a expressão «acção directa» na qualificação do direito de acção do lesado contra o seu próprio segurador, uma vez que a relação de gestão produz efeitos apenas na relação entre os seguradores, apresentando-se ao lesado como mero facto jurídico. A sua acção contra o seu próprio segurador deve por isso qualificar-se como uma «acção ordinária». Acção directa é a estabelecida contra o outro segurador, nos casos em que não se aplica o regime de ressarcimento directo.

1858 Cfr. PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 71-79.

1859 É controvertida a qualificação do seguro obrigatório de acidentes de trabalho como um seguro de responsabilidade civil, discutindo-se se este não deverá antes qualificar-se como um seguro de acidentes pessoais. Guardarei essa discussão para mais adiante. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2314.

1860 Aprovada pela Norma n.º 12/99-R, de 8 de Novembro, alterada pelas Normas n.ºs 11/2000-R, de 13 de Novembro, 16/2000-R, de 21 de Dezembro, e 13/2005-R, de 18 de Novembro. De acordo com o disposto no art. 12.º/c) do Estatuto do ISP, aprovado pelo DL n.º 289/2001, de 13 de Novembro, cabe a esta entidade a definição de apólices uniformes para determinados contratos des seguros. No caso dos seguros obrigatórios com apólices uniformes, quase poderemos falar de um contrato de dupla adesão, na medida em que a liberdade de contratar se resume, para ambas as partes, à decisão sobre se aceitam ou rejeitam o contrato com aquela contraparte, mas já só muito limitadamente abrange o poder de livre disposição do conteúdo do contrato. De fora desta restrição ficam, no entanto, algumas cláusulas importantes, mormente a determinação do montante do prémio.

terceiro lesado. Sendo evidente que este preceito só se compreendia no contexto de uma acção directa deste contra o segurador, faltava alusão mais directa à figura. Na reforma do direito contratual dos seguros, o legislador dissipou pela afirmativa todas as dúvidas sobre se, no nosso sistema, o terceiro lesado goza ou não de um direito de acção directa contra o segurador em todos os seguros obrigatórios de responsabilidade civil.¹⁸⁶¹

Mesmo antes da reforma, entre nós já beneficiava de alguma disseminação a ideia de que todo o terceiro lesado seria titular de uma pretensão perante o segurador de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, eventualmente por influência da doutrina francófona, concluindo-se, em seguida, e desta feita ao arrepio do entendimento pacífico na doutrina francófona, que os seguros obrigatórios de responsabilidade civil seriam, necessariamente, contratos a favor de terceiro.¹⁸⁶² Esta posição desconsiderava a necessidade de uma separação radical, a que acima se fez referência, entre os institutos da acção directa e do contrato a favor de terceiro. Se a conclusão decorre da natureza obrigatória do seguro, isto significa que a pretensão do terceiro tem a sua fonte no direito objectivo, e não nas estipulações das partes. Tratar-se-á, nesses casos, de uma acção directa e não de um contrato a favor de terceiro. Já atrás se apontaram as diferenças entre os institutos.¹⁸⁶³

É também importante notar que, da consagração legal de um direito de acção directa, não decorre necessariamente a conclusão inversa, de que os contratos a que ela se aplica não são a favor de terceiro, pelo que nem por isso deixa de ser preciso determinar se da interpretação desses contratos decorre, em acréscimo, a conclusão de que as partes pretenderam conferir uma pretensão ao terceiro lesado. Porque, se bem que as partes não possam reduzir a protecção conferida pelo regime da acção directa, está-lhes aberta a possibilidade de ampliar essa protecção. Designadamente, o direito de acção directa está

1861 Cfr. o art. 146.º/1 LCS. Semelhante conclusão resulta do art. 788 CCbr de 2002.

1862 É aliás muito frequente encontrar na jurisprudência e doutrina afirmações no sentido de que, sempre que o seguro de responsabilidade é obrigatório, teríamos necessariamente um contrato a favor de terceiro, ou simplesmente de que um determinado tipo de seguro obrigatório que qualifica como sendo um seguro de responsabilidade civil, normalmente o seguro de acidentes de trabalho, é um contrato a favor de terceiro. Cfr. os Ac. STJ 20.12.1984; Ac. STJ 06.12.1989; Ac. STJ 26.09.1990; e Ac. STJ 02.10.1996. Cfr. a doutrina referida *supra* n. 1849. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2001 já reflecte a existência de divergências na doutrina quanto a esta qualificação.

1863 Cfr. *supra* o texto a partir das nn. 1719 e 1753.

sujeito ao prazo prescricional de três anos.¹⁸⁶⁴ Trata-se de uma extensão legal da responsabilidade do segurado ao segurador. Este torna-se, por força da lei, titular de uma obrigação de ressarcimento do dano sofrido pelo terceiro lesado.¹⁸⁶⁵ Se, todavia, para além da acção directa, se determinar que as partes, no contrato, quiseram constituir na esfera do tomador-segurado e do terceiro lesado um direito, não somente à exoneração do primeiro, mas ao efectivo ressarcimento do segundo, o prazo prescricional desse direito já poderá ser de cinco anos.¹⁸⁶⁶ Daqui decorre que, no primeiro caso, encontrando-se prescrito o direito do terceiro lesado contra o segurado, este já não pode exigir do segurador que pague a indemnização ao terceiro lesado. No segundo caso – em que, para além de ou independentemente de uma acção directa fundada na lei, as partes concederam ao terceiro lesado um direito fundado no contrato ao efectivo ressarcimento – ambos poderão, em princípio, exigir o efectivo ressarcimento do terceiro lesado, porventura até independentemente da prescrição do seu direito secundário contra o segurado, se – e apenas se – essa conclusão resultar da interpretação do contrato de seguro.

Encontramos um exemplo em que a estipulação deste direito poderia ser do interesse do tomador no seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional dos advogados. Estes certificar-se-iam, por esta via, de que os seus clientes ficariam em boa posição em caso de asneira sua, independentemente do decurso do prazo prescricional de três anos

1864 Arts. 145.º LCS e 498.º/1 CC. Cfr. *supra* n. 1757. Adiro à tese de que é assim quer na responsabilidade aquiliana, quer na obrigacional. Cfr. PEDRO ALBUQUERQUE, *Prazo Prescricional*, pp. 793-832, *maxime* pp. 813-832, para a defesa da tese, que sigo, de que este preceito se aplica a toda a responsabilidade civil e não apenas à responsabilidade aquiliana. No mesmo sentido, se bem percebo, MENEZES CORDEIRO, *Obrigações II*, p. 431. A tese contrária é largamente maioritária na doutrina e unânime na jurisprudência. Cfr., por exemplo, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, p. 505. Na jurisprudência, cfr. o Ac. STJ 07.03.2006 («dúvidas não existem quanto a esta matéria, pois que a lei é clara»). Na Alemanha, o prazo de prescrição a que está sujeito o direito de acção directa do terceiro lesado também é o mesmo a que se sujeita o seu direito contra o segurado (§ 115 II VVG 2008). A regra é a mesma que já constava do § 3 III PflichtVersG. Cfr. KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 3 PflichtVersG pp. 1627-1629.

1865 Ainda que o seu seja um dever primário de prestar, ao contrário do do segurado, que é um dever secundário de prestar, ou um verdadeiro dever de indemnizar. Cfr. *supra* n. 1764.

1866 Cfr. *supra* n. 1790. O disposto no art. 145.º LCS deverá ser interpretado por forma a compatibilizá-lo com o disposto no art. 121.º/2 LCS. Nenhum destes preceitos se encontra referido nas disposições prescritivas da imperatividade absoluta ou relativa: os arts. 12.º e 13.º LCS. Atente-se, no entanto, no disposto no art. 11.º LCS. Este preceito clarifica o que já resultaria se nada fosse dito expressamente: que a supletividade dos preceitos se encontra limitada, quer pelos artigos que se lhe seguem, quer pelos limites «decorrentes da lei geral». É este um exemplo de um desses limites.

estabelecido no art. 498.º/1 CC.¹⁸⁶⁷ De sublinhar, no entanto, que esta não é uma conclusão a que possa chegar-se em abstracto. O mais que pode dizer-se, em abstracto, é que existe a possibilidade de semelhante configuração das condições do seguro. Se as partes o fizeram, é questão a que só poderá responder-se após a análise de cada contrato. Esta possibilidade não é de estranhar, tendo em conta a parcelar coincidência funcional dos seguros de responsabilidade civil e dos seguros de coisas.¹⁸⁶⁸

No início desta secção, tive a oportunidade de esclarecer que é incorrecta a afirmação de que, na acção directa, o *debitor debitoris* nunca pode opor ao credor os meios de defesa derivados do contrato que tem contra o devedor, tendo então sustentado que a sua inoponibilidade não é elemento definidor de uma acção directa¹⁸⁶⁹ – correcta é a afirmação de que não se aplica, aos casos de acção directa, a regra de oponibilidade dos meios de defesa que integra o regime do contrato a favor de terceiro.¹⁸⁷⁰ Na verdade, no domínio dos seguros como nos demais, a medida em que os meios de defesa fundados no contrato se podem opor ao terceiro poderá variar consoante o estabelecido na lei, embora, de uma forma geral, possa dizer-se que os terceiros lesados com um direito de acção directa ocupam uma posição mais favorável do que a dos terceiros beneficiários de um seguro a favor de terceiro, ou mesmo do que a dos terceiros segurados num seguro por conta, porque, de uma forma geral, nem todos os meios de defesa derivados do contrato oponíveis ao tomador são oponíveis aos terceiros lesados titulares de um direito de acção directa contra o segurador.¹⁸⁷¹

Veja-se o exemplo belga. Neste país, a acção directa encontra-se ao dispor do terceiro lesado em todos os seguros de responsabilidade civil, sejam eles obrigatórios ou facultativos. Contudo, o regime de oponibilidade dos meios de defesa de que o segurador dispõe contra o segurado ao terceiro lesado diverge consoante o seguro seja obrigatório ou facultativo.¹⁸⁷² Em qualquer dos casos, o regime é mais favorável ao terceiro lesado do

1867 Este exemplo pressupõe que se aceita a tese de que é este o prazo a aplicar a toda a responsabilidade civil. Cfr. *supra* n. 1864.

1868 Cfr. *infra* o texto junto e a n. 1978.

1869 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1733.

1870 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1756.

1871 Cfr., neste sentido, LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 164-165.

1872 A acção directa generalizada em todos os seguros de responsabilidade civil resulta do art. 86 LCSbe. Cfr. *supra* n. 1805. Cfr. FONTAINE, *Assurances*, pp. 58-59 e 442-449. O autor começa por sublinhar que o direito civil não conhece uma teoria geral da acção directa, esclarecendo que esta é acompanhada de um certo regime de inoponibilidade dos meios de defesa, mas que este varia consoante os casos.

que o que resultaria da aplicação do regime do contrato a favor de terceiro, segundo o qual os meios de defesa contratuais de que o promitente dispõe são sempre oponíveis. Todavia, o regime de inoponibilidade é mais generoso para o terceiro lesado nos seguros obrigatórios do que nos facultativos.¹⁸⁷³ Nos obrigatórios, a inoponibilidade é quase total, pouco importando que os meios de defesa tenham origem em factos anteriores ou posteriores ao sinistro.¹⁸⁷⁴ Nem a invalidade do contrato prejudica o terceiro lesado. Só a sua inexistência e a cessação ou suspensão anterior à ocorrência do sinistro podem ser opostas ao terceiro lesado. Note-se que mesmo a declaração de nulidade tem de ser anterior ao sinistro para relevar perante o lesado, de nada adiantando que o contrato fosse nulo antes do sinistro. São oponíveis ao terceiro os limites qualitativos ou quantitativos das coberturas, mas não a franquia. Nos seguros facultativos, o princípio geral é o da oponibilidade, só não valendo meios de defesa com causa posterior ao sinistro. A lógica subjacente ao regime é a de que o direito do terceiro lesado se cristaliza na data do sinistro.¹⁸⁷⁵

Em Portugal, até há bem pouco tempo não havia regime geral. Vimos que não deveria aplicar-se aos titulares de direitos de acção directa o disposto no art. 449.º CC.¹⁸⁷⁶ A pretensão do terceiro não se funda no contrato, embora pressuponha a sua existência, e as partes não podem afastá-la, pelo que seria absurdo que pudessem, por via da redacção das disposições contratuais, criar meios de defesa que fizessem precluir, em certas circunstâncias, o direito do terceiro. A oponibilidade de meios de defesa pelo segurador

Em França, pelo contrário, o regime não sofre variações em função da obrigatoriedade ou voluntariedade do seguro. A regra geral, de aplicação a quaisquer terceiros que invoquem o contrato, é a da oponibilidade, pelo segurador, dos meios de defesa que poderia opor ao segurado, nestes se incluindo, designadamente, todos os limites da cobertura (art. L. 112-6 CAfr). Cfr. TOURNOIS, *Direct Actions*, p. 202. Contudo, a regra sofre alguns desvios em matéria de direitos de acção directa de terceiros lesados. Por exemplo, o segurador não pode alegar contra o terceiro lesado a violação, pelo tomador-segurado, após a ocorrência do sinistro, de quaisquer obrigações ou ónus estipulados no contrato (art. R. 124-1 CAfr). Cfr. TOURNOIS, *Direct Actions*, p. 196. Cfr. ainda GHÉSTIN/BILLIAU/JAMIN, *SPA*, pp. 397-398. Os autores descrevem o regime mais favorável da acção directa, no sistema francês, no que respeita à inoponibilidade dos meios de defesa do segurador.

1873 Cfr. o art. 87 LCSbe.

1874 Para esse efeito considera-se que o sinistro tem lugar no momento da ocorrência do dano. FONTAINE, *Assurances*, p. 447.

1875 O segurador belga tem os direitos legalmente consagrados de direcção do litígio e de indemnização directa do terceiro lesado. FONTAINE, *Assurances*, pp. 427-428 e 439.

1876 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1756. VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 261, não distinguindo os regimes da acção directa e do contrato a favor de terceiro, aplica o regime do segundo à primeira, sustentando que, em regra, são oponíveis pelo segurador ao lesado todos os meios de defesa oponíveis ao segurado.

tem, pelo contrário, de resultar directamente da lei. No regime anterior, para encontrarmos uma resposta na lei, não tínhamos outro remédio senão recorrer ao regime da acção directa num seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação: o único preceito dedicado ao tema dos meios de defesa, no nosso ordenamento, era o art. 22.º do DL n.º 291/2007.

De acordo com este preceito, deve entender-se que só são oponíveis ao terceiro lesado (i) os meios de defesa especialmente estabelecidos nesse diploma; e (ii) a cessação do contrato, desde que anterior à data do acidente. Quanto aos primeiros temos, por exemplo, a insuficiência de capital resultante de o segurador, de boa fé e desconhecendo outras pretensões, ter pago a outro lesado um valor superior ao que lhe competia.¹⁸⁷⁷ Quanto às segundas, para além da cessação do contrato por alienação do veículo, que é clara, a interpretação da lei não é isenta de dúvidas, dada a referência à «resolução ou nulidade» anteriores ao acidente. A primeira referência deve entender-se em sentido amplo, na medida em que é esse o termo usado na lei em matéria de seguros, designadamente, para a cessação do contrato por falta de pagamento de prémio. A segunda referência deve, pelo contrário, interpretar-se restritivamente, no sentido de que, sendo o contrato inválido, a mera anulabilidade não poderá ser oposta ao terceiro lesado, apenas podendo ser-lhe oposta uma anulação ocorrida antes do acidente.¹⁸⁷⁸ Já a nulidade seria sempre anterior ao acidente, não havendo base legal para justificar, no nosso ordenamento, solução semelhante à do direito belga.

O que fazer com as acções directas nos demais seguros obrigatórios de responsabilidade civil? No regime anterior, o único caminho seria o da aplicação analógica a todas elas do regime dos acidentes de viação.¹⁸⁷⁹ A nossa lei actual, porventura inspirando-se na lei belga, determina que o segurador apenas pode opor ao terceiro lesado os meios de defesa

1877 Art. 24.º do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

1878 Neste sentido, o Ac. STJ 18.02.2002. No caso em apreço, o contrato era inválido por aplicação do disposto no art. 429.º CCom (declarações inexactas e reticências). O tribunal esclarece que, conforme tem vindo a ser jurisprudência quase unânime, a «nulidade» a que o preceito faz referência corresponde na verdade ao que actualmente se designa «anulabilidade» e à época se denominava «nulidade relativa» (cfr., no mesmo sentido, o Ac. STJ 15.06.1999). Por conseguinte, não é esta uma das excepções oponíveis ao terceiro lesado por virtude do disposto no preceito correspondente ao actual art. 22.º do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Concordo.

1879 Esta conclusão seria suportada pelo reconhecimento, por parte da doutrina, de que o seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação funciona, para certos efeitos, como paradigma dos demais seguros de responsabilidade civil. Neste sentido, DONATI, *Trattato III*, p. 3.

derivados do contrato ou de facto do tomador ou do segurado *anterior* ao sinistro.¹⁸⁸⁰ Trata-se da mesma ideia de que o direito do terceiro lesado *se cristaliza* no momento em que ocorre o sinistro. Essa ideia é aqui levada até às suas últimas consequências. Até ao sinistro, o terceiro lesado não tem qualquer relação com o seguro ou o segurador, tendo-se entendido que não se justificaria admitir que a sua verificação viesse piorar, retroactivamente, a posição do segurador. No entanto, com a ocorrência do sinistro, o lesado adquire de imediato a sua pretensão e, nesse exacto momento, os demais intervenientes deixam de poder fazer o que quer que seja para prejudicar essa pretensão: a cessação ou alteração do contrato posterior ao sinistro deixa de poder ser oposta ao lesado, qualquer que seja a sua natureza, tão-pouco lhe podendo ser oposta, pelo segurador, a violação de deveres ou ónus por parte do tomador e/ou do segurado.

Não teria de ser assim, como agora mesmo vimos ao examinarmos o regime especial de oponibilidade no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, que limita o leque dos meios de defesa oponíveis, ainda que anteriores ao sinistro. Na verdade, a situação do lesado é distinta, designadamente, da de um terceiro beneficiário de um contrato a favor de terceiro, ou do cessionário numa cessão de créditos, dado que a posição destes tem a sua fonte, exclusivamente, no contrato. O cedente de um crédito não pode transmitir mais do que tem, e a cessão não deve poder piorar a situação do devedor.¹⁸⁸¹ A posição do lesado, pelo contrário, sendo de fonte paracontratual, pode ser objecto de uma tutela maior ou menor, consoante as opções do legislador, que pode situá-la em relação ao contrato, e mais precisamente à posição do segurador, de molde a caracterizá-la com maior ou menor grau de causalidade ou abstracção.¹⁸⁸²

O nosso regime é globalmente menos generoso do que o belga, ou mesmo do que o regime especial de oponibilidade no seguro obrigatório de responsabilidade civil por

1880 Cfr. o art. 147.º/1 e 2 LCS. Trata-se de disposições «relativamente imperativas» (art. 13.º/1 LCS).

1881 Cfr. os arts. 431.º e 585.º CC.

1882 PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 317-318 e 454, salienta precisamente a graduabilidade da abstracção, observando que um regime jurídico pode «ser mais ou menos causal e mais ou menos abstracto, consoante a relevância maior ou menor que nele seja reconhecida à causa». Esta «perspectiva polar» assenta à posição do segurador em face da acção directa do lesado, que, precisamente pela sua fonte paracontratual, confere ao legislador maior margem de manobra, resultando o seu regime de uma ponderação entre as necessidades de tutela das posições do segurador e do lesado. Cfr. ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria III*, pp. 156-158 e 162-172. O autor observa que são as situações jurídicas, e não os negócios jurídicos, que se qualificam como causais ou abstractas, consoante a sua dependência ou independência da relação fundamental subjacente.

acidentes de viação, mas, ainda assim, pode concluir-se que é mais favorável ao lesado do que o que resultaria da aplicação das regras do contrato a favor de terceiro.¹⁸⁸³ É claro que se trata de um regime de protecção mínima, pelo que as partes são livres de incluir no contrato cláusulas de inoponibilidade que vão além dele.¹⁸⁸⁴ Tratar-se-á, então, de cláusulas a favor de terceiro.

O terceiro lesado num acidente de viação deve exigir a indemnização, em primeira linha, ao segurador, e só ao segurado na medida da insuficiência da extensão do dever do segurador para total ressarcimento.¹⁸⁸⁵ Valerá esse regime igualmente nos outros casos de acção directa? Entendo que não. Julgo que já não temos uma lacuna, aplicando-se hoje, simplesmente, a regra geral das obrigações solidárias – a regra de que, nada se dizendo, o terceiro lesado poderá exigir o cumprimento do dever a qualquer um dos seus titulares ou a ambos em simultâneo, propondo a sua acção contra o segurado, contra o segurador ou em litisconsórcio passivo, consoante prefira.¹⁸⁸⁶

Com efeito, também no nosso sistema o direito de acção directa se configura como extensão legalmente prescrita da responsabilidade do segurado perante o lesado. O segurador torna-se, por força da lei, titular solidário da obrigação de ressarcimento do lesado. Em todos os casos em que a responsabilidade do segurado é de natureza aquiliana, o direito de acção directa assume uma natureza híbrida, quase-delitual, na medida em que, moldando-se essencialmente sobre a pretensão aquiliana do terceiro, adopta aqui e acolá contornos contratuais, por essa extensão pressupor a estipulação contratual da cobertura do risco de responsabilidade civil do segurado pelo segurador – efectivamente, o estabelecimento legal de um direito de acção directa nada mais faz,

1883 Cfr. o art. 449.º CC.

1884 Cfr. o art. 13.º/1 LCS.

1885 Art. 64.º/1 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

1886 Cfr. os arts. 518.º e 519.º CC. Cfr. ainda o disposto no art. 146.º/1 LCS. Esta disposição confere um direito ao terceiro lesado – que este pode ou não exercer, consoante preferir. Não lhe restringe os movimentos. Semelhante regime vigora em França. Cfr. TOURNOIS, *Direct Actions*, pp. 202-203. A jurisprudência francesa começou por entender que o segurado deveria ser citado para a acção, mas actualmente dispensa a citação do segurado na acção proposta pelo terceiro lesado contra o segurador. Na Alemanha, também se aplica o regime da solidariedade passiva, por virtude do disposto no § 115 I 4 VVG 2008. Nesse sentido, BEAUCHARD, em BIGOT, *Traité III*, pp. 1217-1220. Entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Comercial*, p. 822, faz ainda notar que, indo contra o segurador, o beneficiário já não poderá ir contra o segurado, sendo esse um dos efeitos da sub-rogação. Notando que entre nós não há solidariedade entre as obrigações do segurador e do segurado de indemnizar o lesado no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, cfr. RITA FERREIRA DA SILVA, *Notas*, pp. 149-158.

nestes casos, do que permitir o acesso, pelo lesado, ao benefício estipulado num contrato que, de contrário, lhe seria alheio.¹⁸⁸⁷

A isto acresce uma outra faceta da natureza híbrida do direito de acção directa do terceiro lesado: tem natureza secundária a pretensão do lesado a ser indemnizado pelo segurado, mas o seu direito de acção directa respeita ao exercício de uma pretensão primária do segurado contra o segurador fundada no contrato de seguro.¹⁸⁸⁸ Disto resulta que a situação do terceiro lesado, embora se configure, sem mais, como um direito ao cumprimento de um dever de prestar, se molda em grande medida, quanto ao conteúdo dessa prestação, pelo direito ao cumprimento de um dever de indemnizar. Do que resulta que, embora não se lhe aplique directamente o regime da obrigação de indemnizar, o dever (primário) de prestar do segurador decalca-se sobre o dever (secundário) de indemnizar do segurado, pelo que, indirectamente, aquele regime acaba por ser relevante para a determinação do *quantum* da indemnização.¹⁸⁸⁹

Resta dizer que, havendo pluralidade de lesados com direito de exigir ao segurador uma indemnização, a eventual insuficiência do capital seguro leva à redução proporcional dos montantes que caberiam a cada um, até à concorrência do capital seguro, antes, por aplicação analógica do disposto no art. 24.º/1 do DL n.º 291/2007; actualmente, por aplicação directa do disposto no art. 142.º/1 LCS. Não tendo os terceiros lesados uma pretensão contra o segurador relativamente à sua prestação – que será o caso nos seguros voluntários de responsabilidade civil, em que não podem retirar da lei qualquer direito de acção directa, e em que essa pretensão não tenha sido estipulada pelas partes – a prestação será, ainda assim, objecto de um privilégio creditório. Em caso de insolvência do segurado, os créditos serão satisfeitos pela ordem legalmente determinada, mas,

1887 Conclusões retiradas em relação ao direito alemão pelos autores referidos *supra* na n. 1870. Cfr. ainda *supra* a citação da n. 1758. A sua natureza híbrida provoca algumas dificuldades, designadamente em matéria de direito internacional privado. Cfr. Ac. TJCE 13.12.2007. O tribunal pronunciou-se sobre a questão de saber se ao direito de acção directa do terceiro lesado deveriam aplicar-se as regras de competência relativas aos beneficiários de contratos de seguro ou antes as regras de competência relativas aos litígios de cariz delitual. O tribunal concluiu, no entanto, que, para efeitos de aplicação das regras de competência de direito comunitário, não era relevante a qualificação jurídica da natureza do direito de acção directa do terceiro lesado resultante de cada um dos direitos nacionais, não havendo dúvidas de que, por remissão expressa, se lhe aplica o regime relativo aos beneficiários de um contrato de seguro. Neste caso, a remissão do art. 11.º/2 para o art. 9.º/1/b) do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

1888 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1752.

1889 Cfr. os arts. 562.º a 572.º CC. Cfr. *supra* n. 1764.

quanto ao mais, o segurador encontra-se apenas impedido de pagar a indemnização «com prejuízo dos direitos» dos terceiros lesados, não podendo estes exigir directamente o seu pagamento, ainda que segundo a regra da proporção.¹⁸⁹⁰

7. A contratação por conta de terceiro

7.1. Actuação por conta de outrem vs. actuação no interesse de outrem

Há no direito dos seguros um instituto mais ou menos comum a todos os sistemas jurídicos conhecidos, que entre nós usa chamar-se «seguro por conta»: «de outrem» ou «de quem pertencer».¹⁸⁹¹ Actualmente, o instituto encontra a sua principal consagração no art. 48.º LCS.¹⁸⁹² Adiante tentarei defini-lo.¹⁸⁹³ Contudo, dada a importância que assume neste estudo a preocupação de enquadramento do respectivo objecto por referência ao direito civil, começo por tentar assacar o sentido da expressão «por conta» na teoria geral do direito civil. Ao fazê-lo, tenho em consideração que é a própria lei a determinar que, «[n]o seguro por conta de outrem, o tomador do seguro actua por conta do segurado, determinado ou indeterminado».¹⁸⁹⁴

Neste caso em particular, a uma preocupação geral de enquadramento no seio mais amplo do direito civil junta-se a circunstância de ser relativamente comum, na doutrina, encontrar autores que apontam o dedo à infelicidade da expressão «por conta» na designação «seguro por conta de outrem».¹⁸⁹⁵ Essencialmente, por dar a entender algo de distinto daquilo a que a figura corresponderia. Nas próximas páginas, procuro esclarecer em que medida deve concluir-se, como muitos fizeram, que o «seguro por conta» é um instituto original, específico do direito dos seguros, sendo a expressão «por conta», neste

1890 Cfr. os arts. 741.º, 747.º/1 e 692.º/2 *ex vi* 753.º CC. Cfr. ainda o disposto no § 156 III VVG. JOHANNSEN, *Dritte Personen*, pp. 1177-1178, sustenta que a aplicação da regra da proporcionalidade em lugar do princípio da prioridade, próprio das execuções, demonstra as preocupações sociais subjacentes ao regime dos seguros de responsabilidade civil.

1891 De acordo com CORRODI, *VFR*, pp. 36-50, o seguro por conta de outrem é tão antigo como o seguro, conhecendo-se exemplos do instituto desde os primórdios da história do contrato de seguro. Segundo GLITZA, *VRWEA*, p. 21, apareceu primeiro em Itália no séc. XVI.

1892 No regime anterior, cfr. o art. 428.º CCom. Quanto à sua origem, veja-se também os arts. 1675.º e 1690.º CCom de 1933. O primeiro corresponde ao art. 428.º/§ 1 CCom. No segundo, dispunha-se que o tomador deveria declarar se contratava o seguro na qualidade de dono ou de comissário. Sobre a origem do art. 428.º CCom, veja-se o estudo de J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 98-105. O autor conclui que o proémio era original. O § 1 proviria do art. 1675.º CCom de 1933. O § 2 reproduziria o art. 421 CComit de 1882. O autor conclui ainda pela originalidade do § 3 do art. 428.º CCom.

1893 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1919.

1894 Art. 48.º/1 LCS.

1895 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1958.

instituto, usada numa acepção muito própria, ou, inversamente, em que medida serão detectáveis pontos de contacto com outras figuras de direito civil.¹⁸⁹⁶ Em suma, cumpre identificar, neste instituto, o comum e o específico em face de outras figuras, para o que passo, de imediato, a uma brevíssima consideração da primeira, e menos problemática, das dicotomias de direito civil que ora relevam – actuação *em nome* próprio e em nome de outrem – para em seguida me dedicar a uma segunda dicotomia: actuação *por conta* própria e por conta de outrem – e ainda a uma terceira: actuação no próprio *interesse* e no interesse de outrem. O propósito da consideração de tais dicotomias é determinar o alcance que assumem no direito civil as figuras da actuação por conta de outrem e a actuação no interesse de outrem.

A primeira dicotomia pode sucintamente explicar-se com a asserção de que a pessoa que contrata em nome de outrem actua *como representante* – directo – da pessoa em nome de quem contrata.¹⁸⁹⁷ Contrata-se em nome próprio quando há coincidência jurídica entre as pessoas do declarante e do contraente, e em nome alheio quando estes correspondem a pessoas distintas. Para os efeitos deste estudo, não se justifica aprofundar o tema, que não apresenta especialidades, em sede de direito dos seguros. Passemos às outras duas, mais frutíferas, dicotomias.

A tendência, que vamos encontrar no direito dos seguros, para definir a actuação por conta recorrendo ao conceito de interesse tem também uma presença significativa no domínio mais amplo do direito civil, onde também há quem defina a actuação por conta, simplesmente, como uma actuação «no interesse de outrem».¹⁸⁹⁸ Para certos efeitos,

1896 No sentido de que a acepção é distinta no domínio dos seguros, por designar um instituto original, veja-se, por exemplo, FONTAINE, *Assurances*, p. 152.

1897 FERREIRA DE ALMEIDA, *Pessoas*, pp. 518-519, segue o critério da representação *eficaz*. Contudo, entendo que também configuram actuações em nome de outrem os casos de representação ineficaz.

1898 Vejam-se, por exemplo, CARVALHO FERNANDES, *Teoria II*, p. 204; e PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 323. Numa linha algo distinta, caracteriza-se por vezes da actuação em nome próprio mas por conta de outrem como uma situação de «representação imprópria» ou de «representação de interesses». Neste sentido, C. MOTA PINTO, *TGDC*, p. 544. Algumas décadas antes, na senda de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Prête-Nom* (1898), pp. 136-172, *maxime* pp. 167-168, houvera de parte da doutrina francesa uma tentativa de reunir institutos como o mandato sem representação, a comissão comercial, a gestão de negócios em nome próprio, em suma todos os casos de actuação em nome próprio mas por conta de outrem, afirmando que em todos estes casos existiria uma «representação de interesses», ou «representação imperfeita», e não uma «representação de vontade», ou «representação perfeita», mas que a primeira ainda assim justificaria uma acção directa, tanto do como contra o terceiro. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE via até nos verdadeiros casos de representação contratos a favor de terceiro, na medida em que na sua formação actuária de algum modo a vontade do representante. Tomou-se em consideração a operação económica realizada e substituiu-se, na formação da relação de direito, a

semelhante justaposição de conceitos pode satisfazer. A maioria dos autores que se debruçaram mais detidamente sobre a matéria tende, no entanto, a distingui-las, optando por definições de actuação por conta que não se apoiem no conceito de interesse.¹⁸⁹⁹ A doutrina parece convergir na ideia de que a actuação por conta de outrem corresponde à actuação com o intuito de produzir directamente na esfera de outrem, ou de transferir para outrem, os efeitos jurídicos de uma dada actuação, ou parte deles, ou somente de projectar ou repercutir na esfera de outrem o resultado económico dessa actuação – mormente a celebração de um contrato. Como a repercussão económica inclui a própria transmissão de efeitos jurídicos, pode dizer-se sinteticamente que é por conta de outrem a actuação juridicamente relevante com o intuito fazer chegar a outrem os seus efeitos económicos.¹⁹⁰⁰

primazia da vontade pela do interesse. E pretendeu-se levar este raciocínio até às últimas consequências, afirmando que seria sempre o interesse, e nunca a vontade, a determinar os sujeitos de direito. Cfr. VEAUX, *Responsabilité*, p. 477, para quem os direitos e deveres terão como titulares, não aqueles cuja vontade serviu para defender os interesses em jogo, mas aqueles cujos interesses estavam em jogo». «É o interesse que determina os sujeitos de direito.» Cfr. a análise crítica destas concepções em FLATTET, *CCA*, pp. 46-60. Mais recentemente, JANUÁRIO GOMES, *Mandato*, pp. 91-95, analisa a actuação por conta de outrem no contexto do art. 1157.º CC (mandato). Sustenta que a alienidade do interesse é da essência do mandato na medida em que neste ocorre a gestão de interesses alheios. Mas defende, ainda assim, que dela deve distinguir-se a alienidade do resultado, ou seja, a necessidade de repercussão dos efeitos jurídicos ou económicos da actividade desenvolvida, ainda que mediamente, na esfera jurídica do mandante. Entende, com SANTAGATA (cfr. *infra* n. 1899), que a destinação dos efeitos ao mandante constitui «um mero aspecto consequencial do fenómeno» e que a sua essência – a essência da actuação por conta própria do mandato – se encontra na vinculação à implementação de um programa gestório «funcionalizado à realização de um interesse alheio» (p. 94). Não rejeita por completo a autonomização dos conceitos de actuação no interesse de outrem e de actuação por conta de outrem, mas sustenta que elas se confundem no caso do mandato. Furta-se à discussão, de certo modo, PINTO MONTEIRO, *Distribuição*, pp. 99-101. No contexto da agência, o autor entende que dizer que o agente actua por conta de outrem «significa, fundamentalmente, que os efeitos dos actos que pratica se destinam ao principal, se repercutem ou projectam na esfera deste» (p. 92). Dá conta da discussão sobre se actuar por conta de outrem não significará também, necessariamente, actuar no interesse de outrem, mas não avança com uma resposta, limitando-se a afirmar que, no caso da agência, o dever de agir no interesse de outrem resulta inequivocamente da lei, não sendo preciso retirá-lo do dever de agir por conta de outrem (p. 92).

1899 Nesta matéria, tem especial importância a querela na doutrina italiana, ainda não inteiramente resolvida, sobre se a actuação por conta corresponde à actuação no interesse de outrem ou se consiste antes na actuação com vista à repercussão dos efeitos práticos finais, positivos e negativos, na esfera de outrem. Cfr. LUMINOSO, *Mandato*, pp. 1-39. Este autor não vê qualquer utilidade na expressão «agir no interesse de», que considera demasiado ambígua, com os significados mais distintos e indeterminados, e prefere definir a actuação por conta de outrem recorrendo à ideia de destinação dos efeitos práticos finais. Sustenta que, quando alguém age por conta de outrem, pode satisfazer interesses, não só desse outrem, como também interesses próprios, e ainda interesses de terceiros. Cfr. ainda SANTAGATA, *Mandato*, p. 76, que é um defensor da correspondência entre ambas as expressões. Já MONACHE/FINESSI em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 1703 p. 1696, definindo a actuação por conta segundo LUMINOSO, acabam por nela incluir, todavia, e com um papel preponderante, a actuação no interesse de outrem, na esteira de SANTAGATA.

1900 Sobre a actuação por conta de outrem, veja-se PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 171-179 e 192-201. Cfr. *infra* o texto junto à n. 1961. Cfr. ainda o seu *Obrigações*, p. 234-237. A expressão «por conta» é usada com significados distintos, em vários pontos do nosso CC. No que sentido que ora nos ocupa, a

Trata-se de um conceito mais amplo do que o de actuação em nome de outrem: o contraente por conta de outrem pode ser, quer um representante, quando a actuação for em nome e por conta de outrem, quer, quando em nome próprio e por conta de outrem, o que usa chamar-se uma *interposta pessoa*, dado que pratica um acto jurídico *alheio* cujos efeitos se projectam, exclusiva ou cumulativamente, na esfera própria.¹⁹⁰¹

Centremo-nos nos casos de interposição, visto que a representação não apresenta particularidades no domínio da contratação de seguros. A actuação em nome próprio e por conta de outrem abrange situações de *interposição autorizada* e de *interposição não autorizada*: não se exige a existência – ou inexistência – de um acto prévio de encarregar por parte daquele por conta de quem se age – ou qualquer outra espécie de legitimação.¹⁹⁰² Na sua origem, podemos ter situações de mandato, civil ou comercial, mas sempre sem representação.¹⁹⁰³ Podemos ainda ter situações de autorização legal para

expressão é usada, designadamente, nos arts. 464.º, 503.º/3, 629.º/1, 990.º, 1157.º, 1164.º e 1178.º/2. Noutros, a expressão é usada com o sentido de «à custa de». É esse o caso dos arts. 789.º, 1046.º/2, 1138.º e 1375.º. Noutros, a expressão significa «a imputar a». É esse o caso dos arts. 784.º, 785.º, 1167.º, 1730.º, 1733.º e 2272.º. Noutros ainda, a expressão parece significar apenas «pertence a», como nos locais em que se estabelece que um risco «corre por conta de» alguém. Cfr. os arts. 796.º/1, 1126.º/1, 1228.º/1 e 1465.º.

1901 Cfr. PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 172. e 192. O autor explica ainda que a expressão «por conta» tem origem na conta aberta por um comerciante em nome do seu cliente, nos seus próprios livros de contabilidade, sempre que deve agir para o cliente, por forma a nela lançar os créditos e os débitos que vai tendo sobre o seu cliente (p. 193). No mesmo sentido, JANUÁRIO GOMES, *Mandato*, pp. 89 e 92. I. GALVÃO TELLES, *Contratos*, p. 423, afirma que a «*interposição de terceiros* é a antítese da *substituição*». Isto porque na «*substituição*» o agente produz efeitos jurídicos para outrem em proveito próprio; na *interposição* produz efeitos jurídicos para si em proveito alheio». Sobre a actuação em nome próprio por conta de outrem no direito alemão, cfr. CANARIS, *Wandelung*, pp. 307-308; e *Handelsrecht*, pp. 455-456; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, *HGB*, § 383 pp. 10-11 m. 21; HAGER, *Mittelbaren Stellvertretung*, pp. 239-262; SCHWARK, *Mittelbaren Stellvertretung*, pp. 777-782; e PETERSEN, *Stellvertretung*, pp. 746-748. Em França, sobre a interposição de terceiros, cfr. o estudo monográfico *Interposition de Personnes de L'HÔTE*. Note-se, contudo, que o autor enumera entre os elementos essenciais da interposição de terceiros a ocultação da identidade do verdadeiro senhor do negócio (cfr. pp. 60-63). Nisto, não o acompanho.

1902 A distinção entre as situações de interposição autorizada e não autorizada consta, por exemplo, de PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 195-201. Segue-se a terminologia, sem contudo se acompanhar o autor na dicotomia omnicompreensiva implícita na divisão, entre as actuações com e sem acto prévio de encarregar.

1903 Cfr. os arts. 3:301 a 3:304 PECL. Estes preceitos destinam-se a regular o que designam por «representação indirecta» mas só tratam os casos em que existe um acto prévio de encarregar. Cfr. o estudo comparativo *Indirect Representation*, de BUSCH. O autor compara a actuação em nome próprio mas por conta de outrem nos direitos holandês, alemão e inglês, com vista a aferir da adequação do regime dos arts. 3:301 a 3:304 PECL. Uma vez que o escopo da sua análise é delimitado pelos PECL, o autor trata a questão, essencialmente, com o enfoque nos casos em que existe um acto prévio de encarregar, dado que só em relação a esses a comparação procede, não apenas em relação aos princípios, mas também, es sobretudo, em relação ao instituto, que estuda, da *undisclosed agency* do direito inglês. Contudo, o autor alerta para o facto de a representação indirecta não ser normalmente tratada dessa forma pelas doutrinas alemã e holandesa, para quem, na sua generalidade, há

agir, como as decorrentes do exercício do poder paternal.¹⁹⁰⁴ Podemos ter situações de gestão de negócios não representativa.¹⁹⁰⁵ Para designar as situações de interposição autorizada, no seu conjunto, recorrerei ao termo «comissão», dando-lhe um sentido mais amplo do que o utilizado na lei, designadamente, a propósito do regime do contrato de comissão.¹⁹⁰⁶ Mas não tão amplo que inclua a representação. A comissão, para o que nos interessa, incluirá apenas (i) o mandato sem representação, civil e comercial, quer consista em contrato autónomo, quer de disposição acessória de outro contrato, como, por exemplo, o contrato de trabalho; e (ii) as situações em que a incumbência jurídica não consta de contrato.¹⁹⁰⁷ A comissão, no sentido em que uso a palavra, inclui, pois, todas as situações em que há um *acto prévio de encarregar*, contratual ou não, por parte daquele por conta de quem se age.

Retomando a questão da inclusão ou não de uma referência ao interesse na definição de actuação por conta, há que acrescentar que a distinção entre a actuação por conta de outrem e a actuação no interesse de outrem parece impor-se, no nosso sistema, em virtude do uso, que na lei por vezes se encontra, da expressão «actuação no interesse e por conta de outrem».¹⁹⁰⁸ A sua utilização que mais se evidencia, e que tem sido mais

representação indirecta independentemente da existência ou inexistência de um acto prévio de encarregar (cfr. pp. 13 e 83).

1904 Os pais podem agir em nome dos filhos, no exercício do poder paternal. Mas podem também actuar em nome próprio e por conta dos filhos, não se esgotando a sua margem de manobra na representação (cfr. o art. 1878.º/1 CC). Pense-se na possibilidade de um progenitor celebrar em nome próprio, como tomador, um seguro por conta de um filho, por exemplo um seguro de incêndio sobre um imóvel de que o filho é proprietário.

1905 Segunda parte do art. 471.º CC.

1906 O contrato de comissão está regulado nos arts. 266.º a 277.º CCom. Este é uma subespécie do mandato comercial em que o mandatário executa o mandato em nome próprio embora por conta do mandante (art. 266.º CCom). Na Alemanha, cfr. os §§ 383 I e 406 HGB. Sobre o contrato de comissão, cfr. CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 453-484. O conceito de comissão é usado, em sentido amplíssimo, designadamente, no art. 500.º CC («aquele que encarrega outrem de qualquer comissão»). Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, p. 507. Inclui o mandato com representação (arts. 1157.º e 1178.º CC) e o mandato sem representação (arts. 1157.º e 1180.º CC). Civil ou comercial (art. 231.º CCom).

1907 Em sentido semelhante para o direito italiano, cfr. LUMINOSO, *Mandato*, p. 597-601. PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 200-201, nota que a interposição pode resultar de um puro acto de autorização que não se insira em contrato algum, designadamente de mandato, limitando-se o interessado a autorizar a actuação de outrem, por sua conta, sem que este se obrigue a fazê-lo.

1908 A doutrina também recorre com frequência a semelhante expressão, nem sempre precisando o significado de cada uma das expressões a que recorre. Cfr., por exemplo, STAUDINGER/SCHILKEN, «Vorbem zu § 164» p. 22m. 42; e SOERGEL/LEPTIEN, «Vor § 164» p. 541 m. 33. Os autores observam que, na representação mediata, o representante actua no interesse e por conta de outrem, sem mais explicações.

estudada, é a que ocorre no domínio da gestão de negócios.¹⁹⁰⁹ Pelo menos para certos efeitos, nada nos impediria, em princípio, de generalizar a partir deste domínio para os demais, porquanto, se o instituto da gestão de negócios pressupõe a inexistência de um acto prévio de encarregar, a verdade é que podemos entroncá-lo num conceito mais amplo de gestão como um género com várias espécies, entre os quais a gestão de negócios, mas também, naturalmente, a comissão, no sentido que acima defini, com o sentido em que por vezes se usam as expressões «representação indirecta» ou «interposição de terceiros».¹⁹¹⁰

«A intenção do gestor determina se ele actua para outrem e, portanto, se o negócio pode ser visto como alheio. A utilidade da gestão estabelece a relação entre essa intenção e a esfera jurídica para onde é dirigida e funciona como fonte de legitimação da intervenção do gestor.»¹⁹¹¹

No domínio da gestão de negócios – em sentido estrito – conclui a doutrina entre nós reinante que com a expressão «no interesse e por conta» a lei se refere a dois conceitos tradicionais: (i) a utilidade da gestão no seu início (*utiliter coeptum*); e (ii) a intenção de gestão (*animus pro alio gerendi*).¹⁹¹² A primeira exigência, que a doutrina encontra na referência à actuação no interesse de outrem, de que a gestão seja útil ao *dominus* – ou, pelo menos, que como tal possa ser avaliada no momento em que tem início – constitui um dos pilares do instituto da gestão de negócios. A que se acrescenta a exigência, que a

1909 Cfr. o art. 464.º CC.

1910 Para um exemplo da utilização do termo «gestão» neste sentido mais amplo veja-se LUMINOSO, *Mandato*, pp. 1 n. 1 e 41-115.

1911 MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade do Gestor*, pp. 192-193. Na sua distinção, o autor faz depender a alienidade do negócio da intenção do agente. Perspectiva um pouco distinta é a de JANUÁRIO GOMES, *Mandato*, p. 88, para quem um acto é *alheio* «[q]uando tem por objecto um bem que não é pertença do agente ou quando não é este o sujeito da necessidade que o bem visa satisfazer».

1912 Entre nós, veja-se, por todos, MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade do Gestor*, pp. 189-201. Já o afirmava PESSOA JORGE, *Obrigações*, p. 234-237. Cfr. ainda MENEZES CORDEIRO, *Obrigações II*, pp. 16-17; e *Tratado I-IV*, pp. 63-64. Este último entende que a expressão «por conta de outrem» significa simplesmente que os actos praticados se destinam à esfera de outrem. Pronuncia-se contra a identificação deste conceito com a de actuação no interesse de outrem. Desde logo, porque entende que o conceito de interesse levanta «uma série de dúvidas dogmáticas». Mas também (i) porque entende que o mandato exercido maliciosamente não deixa por isso de ser mandato; (ii) em vista do lugar paralelo do regime legal da gestão de negócios, onde se distingue o interesse do dono (*utiliter coeptum*) e a actuação por sua conta; (iii) tendo em conta a possibilidade de celebração de um negócio por conta do mandatário que sirva os interesses do mandante, caso em que não haveria execução do mandato.

doutrina reconduz à actuação por conta de outrem, de que a gestão seja feita com a intenção de destinar ao *dominus* os efeitos da gestão.¹⁹¹³

A distinção está traçada. Vejamos se dela podemos retirar uma ajuda para a definição do objecto do nosso estudo. Verifica-se, em primeiro lugar, que à actuação no interesse de outrem se dá um sentido muito próprio do instituto da gestão de negócios, de exportação difícil para algumas modalidades de comissão, no sentido em que esta foi há pouco definida. A exigência da utilidade da gestão para o *dominus*, no momento em que tem início, justifica-se plenamente no contexto do instituto da gestão de negócios, na estrita medida em que este diz respeito a actuações sem acto prévio de encarregar que admitem, em certas circunstâncias, a remuneração do gestor.¹⁹¹⁴ Em suma, a alienidade do negócio suscita, em princípio, o problema da legitimidade para agir.¹⁹¹⁵ É uma exigência que não existe com tanta acuidade no domínio dos seguros, pois a necessidade de uma fonte de legitimação para a actuação por conta de outrem diz respeito, exclusivamente, à relação entre o comitente e o comissário, e não à relação entre qualquer destes e o segurador: ao contrário do que se passa noutros domínios do direito civil, o contrato de seguro por conta de outrem *não regula a relação por conta*, mas apenas *o seu resultado*, o contrato celebrado por conta, *i.e.*, o contrato de seguro.¹⁹¹⁶

Também no domínio do direito dos seguros a lei estabelece limites à legitimidade para a celebração dos contratos, mas apenas no que respeita aos seguros de pessoas. E o factor determinante não é a alienidade do negócio, e também não a do risco seguro, mas antes a

1913 MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade do Gestor*, p. 192, nota que o *utiliter* funciona como uma concretização do *animus*, não se confundindo com ele: o *animus* «diz respeito ao plano das intenções, o *utiliter* encontra-se no plano dos factos» (cfr. ainda p. 199). MENEZES CORDEIRO, *Obrigações II*, p. 17, afirma que a actividade «deve ser realizada *por conta do dominus*, no sentido de os efeitos, por ela produzidos, terem de se orientar para a esfera deste e não do gestor ou de terceiro». Esta tese, que não é maioritária na Alemanha, é atribuída a WOLLSCHLÄGER, *GOA*, pp. 72-74. Para este autor, o requisito compor-se-ia de dois elementos: (i) a consciência (elemento cognitivo) e (ii) o propósito (elemento final) de que o resultado positivo ou negativo de uma actividade pertença no final a outrem. O autor rejeita firmemente a necessidade de um motivo altruísta (p. 74). Mas não explica o que é isso da atribuição a outrem do resultado, positivo ou negativo, de uma actividade.

1914 Art. 470.º CC. Cfr. ainda, nos restantes casos, o art. 468.º/1 CC (reembolso de despesas).

1915 PESSOA JORGE, *Mandato*, p. 178. DIZIA MAGALHÃES COLLAÇO, *Legitimidade*, p. 23, que «para além da exigência de uma actuação conforme ao espírito da lei (...), só o pressuposto da coincidência entre o sujeito dos interesses regulamentados pelo acto jurídico e o sujeito deste delimita praticamente a autonomia privada, entendida como verdadeira competência normativa». A autora apontava, em seguida, a pouca atenção que a doutrina dera até então ao «problema da acção jurídica individual sobre esferas alheias, e a falta de princípio geral que unifique as resoluções esporádicas daqueles casos que, por necessidades prementes da vida, o legislador se viu forçado a ponderar» (p. 24).

1916 Já o apontavam EHRENBERG, *VR I* (1893), p. 199; e LENNÉ, *VFR* (1911), pp. 10-12.

alienidade do risco primário: a lei exige o consentimento da pessoa segura nos casos em que esta é um terceiro e o contrato não é celebrado em seu benefício.¹⁹¹⁷ Por vezes, este mecanismo funciona, acessoriamente, como limite à legitimidade de actuação do tomador relativamente ao negócio do segurado. Em tudo o mais, contudo, a legitimidade de actuação do tomador por conta do segurado será um assunto tratado no âmbito da relação entre ambos, em nada afectando o contrato de seguro e a relação de qualquer um deles com o segurador.

O que nos traz a um ponto que separa, para um lado, a actuação por conta de que trata o seguro, e para o outro as restantes actuações por conta. É que, normalmente, a questão da actuação por conta é suscitada a propósito da regulação da relação entre o comitente e o comissário. É a relação entre ambos que carece de regulação própria. Perante o terceiro com quem o comissário acaba por contratar, a relação de comissão não releva, na generalidade dos casos, visto que a sua relação contratual se constitui apenas com o comissário. Por exemplo, numa compra e venda, pouco importa ao vendedor, na generalidade dos casos, se o comprador actua por conta própria ou por conta de outrem. Não é assim no domínio dos seguros.¹⁹¹⁸

O que distingue o contrato de seguro dos demais tipos, quanto a este aspecto em particular, é a figura do segurado – senhor da cobertura, sujeito em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de danos, e em cuja esfera se buscam os beneficiários, nos seguros de capitais.¹⁹¹⁹ Característico do seguro é, na expressão de um autor, como nele o interesse «irrompe pelo círculo contratual».¹⁹²⁰ Por isso, é este um caso em que a existência de uma relação de comissão entre o tomador e o segurado interessa sobremaneira ao terceiro – segurador – com quem o primeiro celebra o seu contrato. Ou melhor, importa-lhe saber que a relação existe, nos casos em que existe, o mesmo é dizer, importa-lhe saber se a actuação do tomador é por conta própria ou por conta de outrem, *mas já não lhe importa saber* se tem lugar no contexto de um dever de agir por conta de outrem. Não interessa ao segurador se o tomador age livremente ou se a sua actuação

1917 Cfr. o art. 43.º/3 LCS. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1696.

1918 Neste sentido, EHRENBURG, *VFR*, p. 440. O nosso legislador mostrou uma apurada consciência desta peculiaridade dos seguros na redacção do art. 42.º CCom de 1833: «O comissário é directamente obrigado para com as pessoas com quem contrata: e não tem obrigação de declarar a pessoa do comitente, salvo no caso de seguros.».

1919 Cfr. o texto *supra* junto à n. 51 e a seguir à n. 1643.

1920 GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 71.

decorre de um vínculo prévio para com o segurado.¹⁹²¹ O seguro por conta não pressupõe sequer que o segurador *conheça* a natureza da relação entre o tomador e o segurado, bastando-lhe saber que se trata de uma actuação por conta – qualquer que ela seja.¹⁹²²

A desconsideração deste importante aspecto, que separa dos demais o contrato de seguro, levou alguma doutrina a questionar se o seguro por conta de outrem se configuraria como uma modalidade de comissão ou de gestão de negócios ou, inversamente, a tentar distinguir o seguro por conta de outrem da comissão e da gestão de negócios, concluindo pela sua não assimilação a qualquer destas figuras, com o argumento de que a sua natureza jurídica seria antes a de um contrato a favor de terceiro.¹⁹²³ Alguns tratamentos do tema não chegam a discutir se o contrato de seguro seria um contrato celebrado *em resultado* de uma relação de comissão, focando-se simplesmente na questão de saber se este seria, ele próprio, um contrato de comissão, ainda que apenas para negá-lo.¹⁹²⁴ Mais à frente tratarei em especial a questão da contraposição entre as figuras do seguro por conta de outrem e do seguro a favor de

1921 JANUÁRIO GOMES, *Mandato*, p. 95, centra a sua atenção na questão da distinção do dever de agir no interesse de outrem e do dever de agir por conta de outrem. No contexto em análise prescinde-se do dever.

1922 Sublinha-o CORRODI, *VFR* (1916), p. 149. O autor nota que a relação interna entre tomador e segurado não pertence ao direito dos seguros. Tratar-se-ia de uma relação de direito civil geral. Por sua causa o seguro é celebrado. Todavia, é irrelevante, para o contrato de seguro, saber que espécie de relação interna esteve na base da sua celebração. Cfr. ainda SCALFI, *Assicurazione*, p. 349.

1923 Um alerta para esta desconsideração foi feito pelo suíço CORRODI, *VFR* (1916), pp. 68-82. O autor analisou as várias teorias sobre a construção jurídica do contrato de seguro por conta de outrem, nenhuma delas era, à época, maioritária. Dedicou apenas oito linhas às teorias francesas e belgas sobre o contrato por conta de outrem, do mandato e da gestão de negócios, com o esclarecimento de que estas confundiam a relação causal, que motiva a celebração do contrato de seguro, com o próprio contrato de seguro, pelo que entendeu não carecerem de mais refutação. Não sem a observação de que a falta de consciência desta distinção originara toda uma série de concepções incorrectas na literatura da especialidade (p. 83 n. 1). Terminou defendendo uma posição própria, que denominou «teoria da representação indirecta modificada» (pp. 82-84). Sustentou que as modificações ao regime da representação indirecta ocorreriam, no seguro, por via dos princípios do interesse e da tutela da confiança. Estes determinariam que: (i) só o segurado devia ter direito à prestação; (ii) não só o tomador mas também o segurado devia vincular-se ao cumprimento dos deveres contratuais (p. 83). que o seguro por conta de outrem não é representação indirecta, mas sim um contrato de seguro celebrado por via de representação indirecta. Cfr. ainda FISCHER, *VFR*, pp. 17-18.

1924 Exemplos deste raciocínio: PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 410-411; ORLOWSKI, *VZD*, pp. 92-109; e, mais recentemente, BK/HÜBSCH, p. 1266 § 74 m. 5. Este autor chega a dizer que é infeliz a terminologia utilizada, porque o seguro por conta de outrem nada teria que ver com a expressão «actuação por conta de outrem» própria da comissão, não sendo um contrato de comissão no sentido do § 383 HGB mas antes um verdadeiro contrato a favor de terceiro no sentido do § 328 BGB.

terceiro.¹⁹²⁵ Por ora, bastará salientar que semelhantes tentativas estão natural e antecipadamente votadas ao fracasso, na medida em que (i) aglutinam figuras que respeitam a relações distintas: umas dizem respeito à relação entre o tomador e o segurador e outras à relação entre o tomador e o segurado; e (ii) desconsideram a distinção entre tipos e categorias contratuais.¹⁹²⁶

O contrato de seguro por conta de outrem pode resultar da execução de uma qualquer modalidade de relação de comissão, no sentido amplo acima definido, havendo acto

1925 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2020.

1926 Veja-se o exemplo recente de J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 288-311 (anterior à reforma do direito contratual dos seguros). O autor procura identificar a natureza jurídica do seguro por conta de outrem. Analisa, tratando-as como teorias alternativas, as aproximações dogmáticas da figura ao contrato de mandato, com e sem representação, ao contrato de comissão, que no fundo se reconduz ao mandato sem representação, e à gestão de negócios, sem fazer reflectir na sua análise a circunstância de todas estas figuras configurarem possibilidades de se atingir um mesmo resultado, que divergem em função de uma relação que não é a de seguro – a relação entre o tomador e o segurado – que, muito naturalmente, não pode caracterizar-se de forma completa simplesmente por referência ao contrato de seguro. A isto acresce que o autor acrescenta às anteriores teorias, como se de mais uma alternativa se tratasse, a possibilidade de qualificação do seguro por conta como um contrato a favor de terceiro. Na verdade, todas estas figuras poderão, em abstracto, ajustar-se ao caso concreto, sendo pelo contrário impossível sobrepor qualquer uma delas às demais, no âmbito da qualificação em bloco que pretende o autor. No termo da sua análise, o autor conclui que o seguro por conta teria a natureza de um contrato a favor de terceiro. Sobre esta sua conclusão, cfr. *supra* n. 1788. Da qualificação do seguro por conta como um contrato a favor de terceiro o autor não retira quaisquer consequências, na medida em que a ela chega no término de uma investigação sobre o regime do seguro por conta em que, nas sucessivas questões concretas a que vai procurando responder, não obstante apontar repetidas vezes para a falta de um regime legal completo que se aplique ao seguro por conta, desconsidera consistentemente as disposições legais constantes do regime do contrato a favor de terceiro (veja-se, nomeadamente, as pp. 262-278). Mas há outros exemplos desta linha de argumentação. Também LEITE DE CAMPOS, *CFT*, pp. 65-67, procurou distinguir o contrato a favor de terceiro da gestão de negócios, sem tomar em consideração que o primeiro respeita à relação entre o gestor e um terceiro, na perspectiva do negócio, e o segundo à relação entre o gestor e o dono do negócio. Em caso de confluência entre ambas as figuras, o gestor será o estipulante, o terceiro o promitente, o dono do negócio o terceiro beneficiário do contrato a favor de terceiro. Na Alemanha, veja-se o exemplo de GLITZ, *VRWEA*, pp. 80-92. A autora analisou a natureza do seguro de interesses alheios. Rejeita que se trate de representação (pp. 79-80). Rejeita que se trate de comissão (pp. 80-81). O seu argumento é o de que, na comissão, é o comissário o titular de todos os direitos e deveres do contrato. Por último, a autora rejeita que o seguro por conta seja um misto de representação directa e indirecta (pp. 81-82). Alternativamente a todas essas teses, adopta a tese maioritária de que se trata de um contrato a favor de terceiro (pp. 82-85). Cfr. ainda HALPERIN/MORANDI, *Seguros II*, pp. 824-826, que, não obstante apontarem que a questão a colocar é, não a de saber se o seguro por conta é um contrato de comissão, mas antes se é um contrato celebrado por um comissário, não tomam em linha de conta que a conclusão pela sua natureza de contrato a favor de terceiro em nada afasta as «alternativas» da comissão ou da gestão de negócios. No mesmo sentido, GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 72. O autor sustenta que o seguro por conta não é um caso de representação indirecta, com o argumento de que, neste caso, os direitos derivados do contrato nascem directamente na esfera do terceiro segurado, dizendo que a sua natureza «é mais» a de um contrato a favor de terceiro, em que, como na outra, o propósito seria o de favorecer quem não é parte no contrato, mas desta feita concedendo-lhe direitos contratuais. E por último WET, *Interprétation*, pp. 332-333, analisando as legislações dos Estados-membros da Comunidade Económica Europeia no ano de 1976.

prévio de encarregar, pode resultar de uma autorização legal para agir e pode corresponder a um acto de gestão de negócios.¹⁹²⁷ A questão recebe tratamento explícito na lei francesa:

«O seguro pode ser contratado em virtude de um mandato geral ou especial ou mesmo sem mandato, por conta de uma pessoa determinada.»¹⁹²⁸

São frequentes na doutrina afirmações de que o seguro por conta de outrem não envolveria uma interposição de terceiros, não podendo celebrar-se, designadamente, em execução de um contrato de comissão, na medida em que os seus efeitos se produziriam directamente na esfera do segurado, que adquire os seus direitos com base no próprio contrato de seguro, enquanto que, no contrato celebrado em execução de um contrato de comissão, os efeitos se produziriam, de imediato, na esfera do comissário, e só mediatamente seriam transferidos para a do comitente.¹⁹²⁹ Estas afirmações fundam-se no disposto no art. 268.º CCom (ou nos preceitos correspondentes de direito estrangeiro). Adiante procurarei refutar a ideia de que os seguros por conta de outrem produzem *sempre* os seus efeitos directamente na esfera do segurado.¹⁹³⁰ Contudo, mesmo

1927 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1902. Cfr. os *Motives* da VVG, p. 152: «O seguro por conta de outrem pode ser celebrado por mandato do titular do interesse seguro ou mesmo sem esse mandato.» Cfr. EHRENBURG, *VFR*, p. 470, que afirmava que a relação entre tomador e segurado podia ter a natureza de uma gestão de negócios ou resultar de um mandato e que, neste caso, o mandato podia constar de um contrato autónomo ou de um contrato relativo a qualquer outra coisa. Cfr. ainda o seu *VR I*, pp. 196 e 199. No mesmo sentido, RICHTER, *Rechtsstellung*, p. 18. Cfr. ainda EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 212, que, além de sublinhar que o seguro por conta de outrem poderia celebrar-se com ou sem mandato, acrescenta que este pode celebrar-se com ou sem conhecimento do terceiro-segurado. Remetia para o § 74 I VVG. Mais recentemente, cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 77 p. 689 m. 1; e ainda as observações de BÜHNEMANN, *Rechte Dritter*, pp. 24-25. A questão é pacífica. Em Itália, cfr. SCALFI, *Assicurazione*, p. 349, para a afirmação de que o contrato de seguro por conta de outrem pode resultar de contrato de mandato, de depósito, de transporte, corresponder a uma gestão de negócios, etc., o que em regra permanece alheio ao seguro e ao segurador. Em Portugal, cfr. ANTHERO, *Comentário CCom II*, pp. 143-144.

1928 Este texto corresponde à parte inicial do art. L.112-1 CAfr.

1929 Na Alemanha, para dois exemplos entre muitos, cfr. RODIEK, *Versicherungsanspruch*, p. 10; e, mais recentemente, BK/HÜBSCH, p. 1266 § 74 m. 5. Em Portugal, a posição tradicional foi veiculada por MANUEL DE ANDRADE, *Teoria II*, p. 293. Cfr. ainda VAZ SERRA, *CFT*, p. 50, segundo o qual «o contrato a favor de terceiro se não confunde com o contrato celebrado em nome próprio e por conta de outrem (...), visto que só aquele, e não este, atribui um direito ao terceiro». No mesmo sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. I*, p. 425; ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, p. 414; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 351-352; e MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, p. 540. MOUTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 56-57, partilha da posição dos demais autores, qualificando todavia a actuação do comissário como «em nome próprio e por conta própria».

1930 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2018.

relativamente aos que os produzem, tais afirmações não procedem, não sendo de aceitar a leitura que tais autores fazem de semelhantes preceitos.

A ideia subjacente a uma relação de comissão é a de uma actuação em nome próprio por conta de outrem. Se, ao actuar em nome próprio, o comissário procura conferir directamente ao comitente certos direitos fundados no contrato por si celebrado com o terceiro, assim satisfazendo do modo que entende mais adequado o interesse do comitente, a sua actuação não deixa por isso de ser em comissão. Em lado algum se exige que os actos praticados pelo comissário produzam somente efeitos mediatos na esfera do comitente.¹⁹³¹ O art. 268.º CCom contém a expressão do princípio do efeito relativo dos contratos que, como vimos, não impede que as partes estipulem a favor de terceiros (art. 406.º/2 CC). O mesmo se diga do disposto nos arts. 1180.º e 1181.º CC. É evidente que o mandatário só estará obrigado à transferência na medida em que não tiver assegurado a sua invocabilidade directa pelo mandante. Estas disposições regulam o caso paradigmático – que carece de uma dupla transferência – sem contudo impedirem a estipulação de termos que possam fazer-se valer, de forma directa, pelo terceiro. A mediação é uma realidade, na maioria dos casos, porque, em regra, dado o princípio do efeito relativo, a força normativa do contrato apenas afecta as partes, nem sempre a figura do contrato a favor de terceiro sendo a mais idónea para satisfazer o interesse do comitente.¹⁹³²

1931 Neste sentido, KOLLER, *Großkomm. HGB*, § 383 p. 28 m. 48; FISCHER, *VFR*, p. 18; e PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 276-280. Este último autor refere-se em especial aos efeitos reais do contrato celebrado em execução de mandato, nomeadamente a transmissão da propriedade numa compra e venda, que pode, em seu entender, produzir-se directamente na esfera do mandante. I. GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 173, precisava, na mesma linha, que os contratos a favor de terceiro não se confundem com os contratos celebrados por conta de outrem «sem intenção de ao titular atribuir directamente uma vantagem» (deixando antever que haveria outros). FISCHER dizia que um exemplo de uma actuação em que o comissário pode celebrar um contrato a favor do comitente era o do contrato de transporte de mercadorias (*Frachtvertrag*). Afirmava que o ser o seguro a favor de terceiro não era argumento contra a qualificação desta actuação como uma comissão em sentido amplo. Cfr. ainda SCALFI, *Assicurazione*, p. 350. O autor observava que também um comissário pode estipular um contrato a favor do comitente. E FLATTET, *CCA*, pp. 10-11 e 278, para quem o resultado económico seria idêntico, quer uma parte se obrigue a prestar total ou parcialmente a um terceiro, quer totalmente à contraparte, que por sua vez se obrigue a fazer chegar ao terceiro as prestações por si recebidas.

1932 Neste sentido, LENNÉ, *VFR*, pp. 199-206, *maxime* p. 199. O autor fazia notar que, por norma, o comissário recebe primeiro na sua própria esfera os efeitos do contrato que celebrou por conta do comitente, transmitindo-os em seguida para este último, enquanto que, no caso do seguro por conta, o comitente segurado adquire de imediato os direitos derivados do contrato, por se tratar de um contrato a favor de terceiro. O autor distinguia depois consoante o tomador agisse enquanto profissional, caso em que se aplicaria o regime do contrato de comissão, ou sem ser enquanto profissional, caso em que só analogicamente poderia aplicar-se-lhe este regime. Distinguia ainda o

É ainda importante ter em conta a possibilidade de, num contrato de seguro inicialmente celebrado por conta de outrem, a certa altura, o terceiro segurado passar a ser parte, designadamente aceitando vincular-se a certas obrigações decorrentes do contrato. Essa situação é plenamente compatível com a ideia da clássica actuação por conta. Seria uma forma como outra qualquer de o comissário fazer repercutir na esfera do comitente os efeitos do contrato por si celebrado. É uma situação de verificação corrente no direito dos seguros, sobretudo tratando-se de seguros de grandes riscos, por exemplo os riscos associados a uma empreitada de obra pública, em que a um dos envolvidos cabe a celebração formal do contrato de seguro e o pagamento dos respectivos prémios, mas encontrando-se este contratualmente obrigado a incluir no contrato de seguro, como co-segurados, os demais intervenientes na empreitada, designadamente os bancos financiadores do empreendimento e as entidades públicas relevantes. Estes, muitas vezes, dado o seu poder negocial, a complexidade das questões em causa e os elevados montantes envolvidos, arrogam-se o direito de analisar, de influenciar e finalmente de aprovar os termos do seguro contratado, de tal forma que, com alguma frequência, acaba por ter de concluir-se, mormente nos casos em que tais clausulados estipulam a vinculação de todos os segurados, não apenas a ónus, mas também a toda uma série de deveres de conduta, que, ao aceitar os termos do contrato de seguro, tais co-segurados acabam por se tornar partes adicionais do contrato de seguro.

O que releva, no direito contratual dos seguros, não é tanto a actuação por conta propriamente dita, mas antes a actuação por conta *que transparece* no contrato de seguro. Nem sempre será esse o caso. Por vezes, seguram-se interesses alheios como se fossem próprios. Nesse caso, a forma utilizada será a do seguro por conta própria.¹⁹³³ Por

caso em que existe uma verdadeira comissão do caso em que o tomador actua como gestor de negócios do segurado. Ainda assim, teriam aplicação as disposições relativas à comissão quando mais tarde a gestão é aceite pelo dono do negócio. Como o regime do contrato de comissão se aplicaria, directa ou analogicamente, a todos os casos de seguro de interesses alheios, entendia o autor que poderia dizer-se, sem mais, que em regra a situação jurídica correspondia a uma verdadeira relação de comissão (pp. 199-200).

1933 LENNÉ, *VFR*, pp. 97-98 e 101. Sobre o seguro por conta própria de um interesse alheio, cfr. ainda pp. 18-29. Cfr. *infra* n. 2078. Veja-se, contudo, o disposto no art. 125.º/2 LCS. A redacção do preceito é algo obscura. Contudo, o principal efeito desta disposição é impedir o segurador de se recusar a indemnizar determinados danos, designadamente no seguro do recheio de uma habitação, com o argumento de que se trata de bens dos familiares do tomador-segurado, e não dele próprio, ou no seguro do recheio de um local de trabalho, com o argumento de que se trata de bens pessoais dos trabalhadores e não do empregador, sendo este o tomador-segurado. A lei dispõe supletivamente que estes seguros foram parcialmente celebrados por conta de outrem. Em sentido semelhante, mas apenas para os seguros de incêndio, cfr. § 85 VVG. Cfr. KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 85

exemplo, o marido segura um bem da mulher, o pai segura um bem do filho, o armazenista segura um bem armazenado. Por virtude da sua relação com o titular do interesse, o tomador tem o direito, ou mesmo por vezes o dever, de segurar. Casos distintos são os do seguro de uma coisa que é propriedade de terceiro mas sobre a qual o tomador tem um interesse próprio: nesses casos, muitas vezes o que se segura é o interesse do próprio tomador. Voltando aos que ora nos interessam, nada se dizendo acerca da propriedade do bem em causa, na dúvida, considerar-se-á que o seguro foi celebrado por conta própria, sendo ao tomador que cabe exigir a indemnização em caso de sinistro.¹⁹³⁴ Coloca-se certamente a questão de saber se o tomador tem o dever de informar o segurador de que não é o real proprietário da coisa segura. Alguma doutrina germânica entende que nem sempre isso será relevante para o segurador.¹⁹³⁵ Porventura não o será em casos como aqueles em que se seguram bens de ambos os cônjuges, ou de vários membros de um mesmo agregado familiar, designadamente, num seguro de incêndio.¹⁹³⁶ Mas interessa agora sublinhar que estes exemplos ilustram a conclusão de que o importante, para o direito contratual dos seguros, é a actuação por conta que transparece no contrato de seguro.

Analisemos a actuação por conta de outrem como intenção de destinar ao *dominus* os efeitos da gestão, com o intuito de averiguarmos se esta noção permite avançar para uma efectiva delimitação do âmbito de incidência do seguro por conta de outrem. Veremos que são de monta as dificuldades. Na verdade, a generalidade da doutrina limita-se a definir a actuação por conta de outrem por referência à ideia de alienidade do resultado, da sua destinação a outrem, sem esclarecer em que é que essa destinação concretamente se consubstancia.¹⁹³⁷

p. 724 m. 1.

1934 Cfr. o art. 47.º/2 LCS. Esta regra encontra-se no entanto limitada pelo disposto no art. 125.º/2 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 428.º/§ 2 CCom.

1935 Nesse sentido, LENNÉ, *VFR*, pp. 20-21.

1936 Entre nós, o critério a aplicar será o do art. 24.º/1 LCS. O tomador só tem o dever de informar o segurador das «circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador». Cfr. o Ac. RC 20.06.2000 (sumário publicado). Na vigência do regime anterior, explicava o tribunal que as inexactidões ou omissões que geram a invalidade do contrato de seguro são apenas aquelas que são susceptíveis de influir na apreciação do risco ou no cálculo do prémio. O tribunal referia-se à regra do art. 429.º CCom. No actual regime, veja-se ainda o disposto no art. 125.º/2 LCS. Cfr. *supra* n. 1933.

1937 Cfr., por exemplo, PETERSEN, *Stellvertretung*, p. 746.

Tais definições são insuficientes para traçar bem a fronteira entre (i) os casos em que o tomador actua verdadeiramente por conta de um terceiro; e (ii) os casos em que actua por conta própria, mas em que alguns dos efeitos do contrato se produzem na esfera de terceiro.

Recordemo-nos de que os seguros a favor de terceiro tanto podem sê-lo por se ter conferido ao terceiro a titularidade de certas situações jurídicas que dele fazem um segurado, quanto por se ter conferido a um terceiro o benefício de um seguro de vida ou de acidentes pessoais, ou se ter conferido aos eventuais lesados o direito de exigir a indemnização ao segurador de responsabilidade civil. Em todos estes exemplos, os contratos são a favor de terceiro em sentido próprio: pelo menos alguns dos seus efeitos produziram-se na esfera dos terceiros. No entanto, só no casos em que estes desempenham o papel de segurados podemos dizer que estamos perante seguros por conta de outrem. Não tem razão quem afirma que os contratos em benefício de terceiro «são contratos por conta de outrem na medida da atribuição do benefício».¹⁹³⁸ Temos no contrato de seguro a clara demonstração de que não é assim, dado que a actuação por conta pressupõe o desdobramento das figuras do tomador e do segurado, não havendo actuação por conta quando assim não acontece, ainda que se criem direitos na esfera dos terceiros, como será normalmente o caso nos seguros de vida em caso de morte em que o tomador seja, simultaneamente, segurado e pessoa segura. Trata-se, neste caso, de actuação por conta própria, no mesmo sentido em que a feitura de um testamento é uma actuação por conta própria, e não por conta dos herdeiros do testador.

Como definir actuação por conta própria e actuação por conta de outrem em termos suficientes para uma aplicação ao direito contratual dos seguros? Não podemos verdadeiramente socorrer-nos de um critério meramente quantitativo, na medida em que se admite, nos seguros como noutros domínios do direito civil, a actuação simultaneamente por conta própria e por conta de outrem. São esses os casos em que os terceiros são co-segurados juntamente com o tomador. Neste ponto começamos a perceber que podem na verdade revelar-se vazias expressões como a «destinação do resultado da actividade a terceiro». Há quem conclua que não pode traçar-se, conceptualmente, uma fronteira nítida entre a actuação por conta própria e a actuação

1938 PESSOA JORGE, *Mandato*, p. 194.

por conta de outrem, sendo necessário recorrer a uma análise tipológica, em busca de indícios de que o resultado da actuação se destina ao próprio ou, pelo contrário, a outrem.¹⁹³⁹

Ainda assim, é importante reter a definição de actuação por conta de outrem como intenção de destinar ao *dominus* os – ou alguns dos – efeitos da actividade, na medida em que nos ajuda a afastar aquilo que a actuação por conta *não é*. A actuação por conta não é, necessariamente, uma actuação altruísta, abdicante da consideração do próprio interesse, do negócio próprio. Mais do que não o ser necessariamente, a actuação por conta *nada nos diz* sobre a medida em que o agente prossegue, subjectivamente, o interesse próprio e o interesse alheio. Não deixo de agir por conta de outrem se agir em conformidade com o que considero ser o caminho mais vantajoso para mim própria – nem sequer se for esse o principal motivo da minha actuação. Importante é apenas que pretenda fazer chegar a outrem os efeitos económicos da minha actuação.

Será preciso encarar *cum grano salis* as afirmações relativas à necessidade de uma intenção ou consciência da alienidade do negócio gerido. Pense-se no exemplo do seguro-caução. Já vimos que este não pode deixar de ser celebrado a favor de terceiro.¹⁹⁴⁰ Paralelamente, é também habitualmente qualificado, a meu ver correctamente, como um seguro por conta de outrem.¹⁹⁴¹ Nele, é segurado o credor a favor de quem o seguro se celebra. Temos presente, neste seguro, da parte do tomador, uma intenção de destinar ao *dominus* – o credor – os efeitos do acto. É a esfera do credor que é protegida pela cobertura do seguro. No entanto, o seguro-caução não deixa de ser uma garantia entre muitas, semelhante, no funcionamento, consoante os casos, a uma simples fiança ou a uma garantia autónoma.¹⁹⁴² A actuação do tomador devedor não é mais por conta do segurado credor do que a actuação de qualquer outro devedor que preste uma garantia ao seu credor. Não se coloca aqui a questão de um prévio acto de encarregar – ou da sua

1939 Nesse sentido, SCHMIDT, *Handelsrecht*, pp. 866-870.

1940 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1362.

1941 Neste sentido, J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 8 e 167-169.

1942 Diferentemente do que se passa na generalidade dos seguros, neste o tomador tem o direito de exigir que o segurador honre a sua obrigação para com o terceiro credor, mas nem por isso se furta à obrigação de reembolsar o segurador, na qualidade de responsável pelo dano, não em virtude da sub-rogação do segurador nos direitos do terceiro credor contra o devedor originário, mas em virtude de uma pretensão directa do segurador contra o tomador devedor, fundada no contrato de seguro – que, não obstante, poderá ser de pouca ou nenhuma valia em caso de insolvência do tomador devedor. Cfr. GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 352. Di-lo expressamente o art. 68 LCSes.

ausência. Não se fala em autorização quando o acto de prestar a garantia vem na sequência de um pedido do credor ou resulta do cumprimento de um dever contratual do devedor para com o credor. Não se fala na ausência de autorização quando o acto de prestar a garantia é realizado por iniciativa do devedor, sem consulta prévia do respectivo credor. Por natureza, o acto de prestar uma garantia é realizado pelo devedor ou por terceiro, e não pelo próprio credor.

No domínio dos seguros, a destriça entre a actuação por conta própria e a actuação por conta de outrem pareceria não sofrer demasiado com tais dificuldades, pois, como veremos em seguida, basta dizer que são por conta de outrem os contratos em que existem terceiros-segurados e por conta própria aqueles em que, não obstante a produção de efeitos positivos na esfera de terceiros, estes não assumem a qualidade de segurados. Na verdade, porém, apenas se torna mais evidente (i) que não são todos os efeitos, mas apenas alguns, cuja destinação a terceiro traduz uma actuação por conta do terceiro; e (ii) que é essencial definir com rigor a figura do segurado. A verificação de que nem todos os efeitos que se produzem na esfera de terceiro denotam uma «alienidade do resultado» conduz-nos novamente à definição proposta do segurado, senhor da cobertura, como o sujeito em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de danos, e em cuja esfera se buscam os beneficiários, nos seguros de capitais.¹⁹⁴³

7.2. Seguros por conta

7.2.1. Conceito

Sabemos já que o seguro por conta de outrem não regula a relação por conta, mas apenas o seu resultado: o contrato de seguro é o *contrato celebrado por conta*. Sabemos ainda que só são casos de seguro por conta, de outrem ou de quem pertencer, aqueles em que a actuação por conta *transparece* no contrato. O que nos conduz à conclusão de que o seguro por conta é o *seguro em que há, ou se admite que haja, pelo menos um segurado – ou co-segurado – distinto da pessoa do tomador*.¹⁹⁴⁴ E não mais do que isto. No entanto, não obstante a distinção de grande parte da doutrina civilística entre os conceitos de actuação por conta de outrem e actuação no interesse de outrem, verifica-se que, na doutrina dos

1943 Cfr. o texto *supra* junto à n. 51 e a seguir à n. 1643.

1944 Cfr. o texto *supra* junto à n. 51 e a seguir à n. 1643.

seguros, é praticamente onnipresente a identificação da actuação por conta de outrem com a actuação no interesse de outrem.¹⁹⁴⁵ A explicação mais comum do fenómeno da contratação de seguros por conta de outrem é a seguinte:

«O seguro por conta de outrem em sentido amplo é o seguro de interesses alheios em nome próprio.»¹⁹⁴⁶

Esta é uma manifestação da mesma tendência que encontrámos a propósito das múltiplas definições da figura do segurado como o titular do interesse seguro, que, como tivemos ocasião de ver, são de afastar – ou, no mínimo, de reformular.¹⁹⁴⁷ É certo que o segurado é aquele a quem se exige que tenha interesse no contrato. Contudo, se este não for identificado de antemão por via de outro critério, não poderá saber-se a quem exigir o interesse, ou quando concluir que aquele que deveria ter interesse no contrato afinal não o tem, sendo o seguro inválido ou caduco. Já vimos que podemos, quando muito, afirmar que o segurado é aquele a quem as partes, nas suas estipulações, atribuem a titularidade do interesse seguro. Mas essa asserção não nos oferece grande ajuda, nos casos mais habituais em que a declaração da titularidade do interesse seguro não se encontra directamente no contrato, sendo preciso procurá-la de outra forma.

Também se encontram na doutrina algumas definições de seguro por conta que não recorrem ao conceito de interesse.¹⁹⁴⁸ Houve quem o fizesse recorrendo antes ao de risco:

1945 A lei parece fazer equivaler estas duas contraposições, determinando que no seguro por conta de outrem o tomador actua «por conta» do segurado (art. 48.º/1 LCS), e que, no seguro por conta própria, «o contrato tutela o interesse próprio do tomador» (art. 47.º/1 LCS). Cfr. ainda o art. 47.º/3 e 48.º/6 LCS. Cfr. a resenha de posições doutrinárias portuguesas sobre a distinção entre o seguro por conta própria e o seguro por conta de outrem em J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, pp. 21-27. VELOSO, *Risco*, pp. 338-347, pronunciou-se recentemente sobre o assunto. Na senda de alguma doutrina germânica, o autor sustenta que o risco é o único conceito generalizável nos seguros, limitando-se a reconhecer o interesse no domínio dos seguros de danos. Entende, não obstante, como a maioria da doutrina germânica, que o conceito de interesse importa, entre outras coisas, para distinguir entre seguros por conta própria e por conta de outrem.

1946 LENNÉ, *VFR*, p. 1. No mesmo sentido, EHRENBURG, *PVR*, p. 19. Cfr. ainda os *Motive* da VVG, p. 146: «Há seguro por conta de outrem se quem celebra o contrato com o segurador em seu próprio nome segura, através desse contrato, o interesse de outrem.» Cfr. ainda RODIEK, *Versicherungsanspruch*, pp. 1-2; CORRODI, *VFR*, p. 1; RICHTER, *Rechtsstellung*, p. 11; HAYMANN, *VFR*, p. 3; GLITZA, *VRWEA*, pp. 1-2; e TRAUTMANN, *Innenverhältnis*, pp. 1-2. Mais recentemente, cfr. PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 74» p. 677 m. 1.

1947 Cfr. o texto *supra* junto à n. 51 e a seguir à n. 1643.

1948 Há que salientar as diferentes tendências verificadas na doutrina da especialidade alemã e suíça. A contraposição de ambas pode ver-se, designadamente, em IMSENG, *Rechtsstellung*, pp. 5-18. Na senda de LENNÉ e de EHRENBURG (cfr. *supra* n. 1946), a doutrina alemã segue, na generalidade, com maior ou menor radicalismo, a chamada teoria do interesse, definindo o seguro por conta por referência ao conceito de interesse. Na Suíça, diferentemente, deu-se ênfase ao que a doutrina designou por

«Quando o tomador celebra um contrato de seguro com o propósito de garantir um risco que pesa, não sobre o seu próprio património, mas sobre o de um terceiro, estamos em presença de uma operação dita de seguro por conta, o mesmo é dizer, por conta destoutra pessoa.»¹⁹⁴⁹

Cum grano salis, esta afirmação seria de aceitar. Não devemos esquecer-nos das observações dos autores que notam, e com razão, que, ao celebrar um contrato de seguro, o tomador procura alcançar a sua própria paz de espírito.¹⁹⁵⁰ Estas observações

«objecto» deste seguro. Esta teoria alternativa encontra a sua origem no *Gegenstand* de KOENIG. Cfr. ainda o seu *Schw. PVR*, pp. 220-237; e o seu *Anspruchsberechtigung*, pp. 224-228. Da sua análise resulta que o universo do que se denomina seguro por conta vem a ser, neste país, algo distinto do universo do que se denomina seguro por conta na Alemanha. A situação foi eficazmente resumida por IMSENG (*maxime* pp. 11-16). Observou o autor que, de acordo com a teoria do objecto, o seguro por conta é o seguro de outras pessoas ou de «valores reais, virtuais ou ideais alheios» (p. 12). O autor precisou que esses valores seriam apenas objecto mediato do risco, visto que o objecto imediato do risco – e depois do sinistro – seria sempre e só o próprio segurado. Já nos seguros de pessoas não existiriam objectos mediatos do risco, e seriam objectos imediatos do risco, o próprio tomador, nos seguros por conta própria, e um terceiro, no seguro por conta de outrem (p. 16). As teorias do interesse e do objecto conduzem a resultados algo distintos, mas não tão distintos quanto julgam os cultores desta última. IMSENG afirmou que, se um tomador segura algo de que ele próprio é proprietário no interesse de um terceiro, que terá por exemplo o direito de usar esse algo, este será um seguro por conta própria para os partidários da teoria do objecto e um seguro por conta de outrem para os partidários da teoria do interesse. Se, pelo contrário, um tomador segura no seu próprio interesse algo que é propriedade de um terceiro, este será um seguro por conta doutrem para os partidários da teoria do objecto e um seguro por conta própria para os partidários da teoria do interesse (pp. 12-14). Mas não é assim. Para encontrar o interesse seguro, não releva propriamente o que o tomador pensa ou sente, mas sim o que as partes estipularam como objecto da cobertura do seguro. Ainda assim, a teoria do objecto peca pela ênfase excessiva no direito de propriedade, em detrimento dos direitos reais menores ou outras relações jurídicas que podem ligar uma pessoa a uma coisa. KOENIG, *Schw. PVR*, p. 234, chegava a contrapor ambas as teorias dizendo que a fronteira entre o seguro por conta própria e de outrem, para a teoria do interesse, dependia de saber quem é o titular do interesse seguro, enquanto que, para a teoria do objecto, dependia apenas do conceito civilístico da propriedade. Já no que respeita aos seguros de pessoas, as teorias chegam em certos casos a resultados bem distintos, na medida em que a do objecto, como exposta por estes autores, não considera a possibilidade de a pessoa segura ser pessoa diversa do segurado. Para esta distinção seria importante separar conceptualmente o homem como sujeito e o homem como objecto de uma dada relação jurídica – neste caso, de uma dada relação de seguro. Sobre esta separação, cfr. *supra* o texto junto à n. 494. Com efeito, a teoria do objecto é também de afastar, na medida em que, nos seguros de pessoas, não permite distinguir o seguro da vida de um terceiro no interesse desse terceiro, e o seguro da vida de um terceiro no meu próprio interesse: não permite, por conseguinte, dar um tratamento apropriado aos *key-person insurance*. Na Suíça, na reforma em curso do direito contratual dos seguros, a comissão de revisão tomou posição, no sentido de que o direito suíço deveria, neste ponto, colocar-se em linha com o direito dos demais sistemas europeus, aderindo à teoria do interesse em detrimento da teoria do objecto. Na justificação do anteprojecto, explica-se ainda que a teoria do objecto, com o seu enfoque no direito de propriedade sobre uma coisa, é menos vocacionada para uma aplicação transversal à totalidade do direito dos seguros do que a teoria do interesse. Cfr. PFUND, *Zustandekommen*, p. 49. Sobre a reforma em curso, cfr. SCHNYDER, *Total Revision*, pp. 13-30. O anteprojecto em causa data de 31.07.2006. Espera-se que a nova lei venha a entrar em vigor em 01.01.2010 (p. 23).

1949 KULLMANN, *Contrat d'Assurance*, p. 923. Cfr. ainda SIEG, *AVVR*, p. 53.

1950 Cfr. *supra* n. 1648.

são particularmente importantes a propósito do exemplo clássico do seguro de vida em caso de morte sobre a vida do próprio tomador: neste caso, o segurado é ainda o próprio tomador, não obstante a preocupação típica de prover ao futuro bem-estar dos seus entes queridos, ou seja, de satisfazer uma necessidade económica destes últimos.¹⁹⁵¹ Trata-se, por outras palavras, de distinguir entre o risco primário e o risco de seguro: *as definições do seguro por conta com base no conceito de risco só serão aproveitáveis na medida em que fizerem uso do conceito de risco seguro.*¹⁹⁵²

Esta preocupação do segurado faz sua a necessidade económica na base do seguro, que deverá ser visto como um meio de obviar ao dispêndio pelo próprio de quantias possivelmente superiores ou à adopção de medidas de sucesso eventualmente mais incerto destinadas a assegurar a realização desse mesmo fim. Assim se compreende que o tomador-segurado possa manter, na vigência do contrato, certas competências com um valor próprio, podendo exercer ou dar de penhor o direito de resgate, receber adiantamentos sobre o capital seguro, ou dispor e tornar a dispor como entender do benefício do seguro até ao momento da sua morte.¹⁹⁵³ E que, não o fazendo, o capital seguro venha a integrar a sua herança.¹⁹⁵⁴ Na verdade, as definições fundadas no conceito de risco acabam por fugir ao problema, que é transposto para a distinção entre risco primário e de seguro.

Em suma, são de afastar as definições baseadas no conceito de interesse, e são perigosas, porque equívocas, as fundadas no conceito de risco. Daí a importância das fórmulas acima propostas para aferir da titularidade da cobertura, a que deveremos regressar para a identificação do segurado e, por arrastamento, para dar uma resposta à questão de saber se o contrato foi celebrado por conta própria ou alheia.¹⁹⁵⁵ Efectivamente, os efeitos que relevam para a verificação da alienidade do resultado são os mesmos que demonstram que o terceiro se torna, de algum modo, senhor da cobertura – dono de pelo menos uma parte do negócio.¹⁹⁵⁶

1951 Neste sentido, SCALFI, *Assicurazione*, p. 352. Cfr. *supra* nn. 329 e 815 e o texto junto à n. 1182.

1952 Sobre a distinção, cfr. *supra* o texto junto à n. 61.

1953 Cfr. o art. 452.º/1 CC e os arts. 194.º a 196.º LCS. Neste sentido, EHRENBURG, *VR I*, p. 177. O autor conclui ser correcto qualificá-lo como um verdadeiro segurado. É claro que nenhum dos direitos acima referidos tem necessariamente de se encontrar previsto no contrato.

1954 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1659.

1955 Cfr. o texto *supra* junto à n. 51 e a seguir à n. 1643.

Nos seguros de capitais, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários. Como indício, releva a titularidade do direito de designar o beneficiário, mas já não a mera titularidade do direito de exigir a prestação do segurador. Nos seguros de danos, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos. Nestes, releva a determinação do sujeito em função de cujo prejuízo se calcula, juridicamente, o montante da indemnização a pagar pelo segurador, mas já não a determinação do sujeito que, por via do pagamento, acabará por ver o seu prejuízo ressarcido com o dinheiro pago pelo segurador – que, nos seguros de responsabilidade civil, será tipicamente o terceiro lesado, com ou sem direito a exigir a prestação, e não o segurado, que se limita, tipicamente, a ser poupado de incorrer em despesas. Nos seguros, é esta a forma de distinguir a actuação por conta própria da actuação por conta de outrem. Nos demais contratos, haverá que buscar outros critérios, dado que já vimos ser insuficiente a mera alusão à destinação do resultado ou dos efeitos do contrato.

Em suma, adopto uma definição remissiva dos seguros por conta, bastando-me com a afirmação de que estes correspondem aos seguros em que há, ou se admite que haja, pelo menos um terceiro-segurado. As dificuldades que possamos ter com esta definição são as mesmas que se nos apresentam na delimitação da figura do segurado, sendo certo que as não escamoteio por via de uma referência enganadora ao conceito de risco.

Apresentada uma definição de seguro por conta, resta saber se se justificam as acusações apontadas por alguma doutrina à infelicidade da expressão «seguro por conta».¹⁹⁵⁷ A expressão é criticada, antes de mais, porque, literalmente, incluiria, quer a actuação em nome próprio e por conta de um terceiro, quer a actuação em nome e por conta de um terceiro.¹⁹⁵⁸ Isto é certo. Contudo, o problema é facilmente ultrapassado se tivermos em conta que, nos vários sistemas romano-germânicos, por convenção, passou a reservar-se a expressão, no direito dos seguros, para as referências à actuação em nome próprio e por

1956 A situação complica-se nos casos, a que adiante se dará alguma atenção, em que o segurado não é titular de qualquer pretensão fundada no contrato de seguro. No entanto, entre nós estes casos terão uma importância reduzida, ou meramente «académica», não obstante serem mais frequentes nos sistemas jurídicos anglo-americanos. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2096.

1957 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1895.

1958 Neste sentido, EHRENBURG, *VR I* (1893), p. 183 n. 14; e CORRODI, *VFR* (1916), pp. 34-35. Este último observava que a expressão *assurance pour compte d'autrui* chegou a ser entendida pelos tribunais franceses como abrangendo também o seguro celebrado por representante. Cfr. ainda, nesse sentido amplo, FLATTET, *CCA*, pp. 5, 15-16 e 19-20 (cfr. *infra* n. 2047).

conta de outrem, na medida em que o seguro celebrado por representante não carecia de um regime especial.¹⁹⁵⁹

Mais problemática poderia ser a possibilidade de a expressão ser entendida como devendo ser o terceiro a suportar os custos do contrato.¹⁹⁶⁰ Vimos que a expressão «por conta de outrem» é usada, neste como noutros contextos, como significando «com destino para outrem»: é por conta de outrem a actuação juridicamente relevante com o intuito fazer chegar a outrem os seus efeitos económicos. Contudo, vimos também que, noutros contextos, a expressão também é usada com outros significados, designadamente, como um sinónimo de «à custa de outrem».¹⁹⁶¹ Há quem sustente que, para uma actuação por conta, os efeitos que se destinam ao terceiro devem ser, quer os positivos, quer os negativos, no sentido de que deve ser o terceiro a suportar o risco económico do negócio.¹⁹⁶² Há quem dissocie, pelo contrário, as figuras da actuação por conta de outrem e da actuação «por conta e risco» de outrem, precisando que, quando os efeitos de um negócio se destinem integralmente a outrem, em regra impendem sobre o interessado os respectivos riscos, sendo podendo todavia dissociar os dois aspectos,

1959 Cfr. os *Motive* da VVG, p. 147. Entendeu-se ser «evidente» que só existiria seguro por conta de outrem quando o seguro fosse celebrado em nome próprio e por conta de outrem, mas já não quando fosse celebrado por representante, em nome e por conta de outrem.

1960 EHRENBURG, *VR I*, p. 183 n. 14; KISCH, *Handbuch III*, p. 384; KOENIG, *Schw. PVR*, p. 230; e IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 1. PESSOA JORGE, *Mandato*, p. 192, refere este como um dos dois possíveis sentidos da expressão «por conta» (como equivalendo a «à custa de»). DEUTSCH, *VVR*, p. 65, sublinha que, no seguro por conta, a questão de saber quem irá suportar os custos do seguro na relação entre tomador e segurado é deixada em aberto. Na relação de seguro, salvo estipulação em contrário, quem responde pelos prémios é apenas o tomador, não respondendo o segurado nem sequer subsidiariamente. Neste sentido, KRAUSE, *Begriff*, p. 38. Todavia, solução distinta pareceria resultar de alguns outros ordenamentos. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 1967.

1961 Esta explicação é dada por PESSOA JORGE, *Mandato*, pp. 171-179 e 192-201. Cfr. *supra* n. 1900. Veja-se ainda o já revogado art. 23.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Este preceito estabelecia um dever de informação do segurador ao segurado acerca da falta de pagamento do prémio na data em que era devido, nos seguros-cauções, não havendo cláusula de inoponibilidade, conferindo ao segurado um prazo de quinze dias para, querendo evitar a cessação do contrato, pagar o montante em dívida «por conta» do tomador. No regime actual, cfr. o art. 164.º LCS. O preceito contém a mesma regra mas alarga o prazo para trinta dias. E desapareceu a referência expressa ao «por conta». Justifica-se a eliminação dessa referência: num diploma regulador do contrato de seguro, seria imprudente fazer uso desta expressão como significando apenas que os custos de determinado acto devem imputar-se a outrem.

1962 Parece ser esta a tendência dominante na doutrina alemã. Cfr. SCHLLEGELBERGER/HEFERMEHL, *HGB*, § 383 pp. 10-11 m. 21. O autor observa que, normalmente, a actuação por conta implica que as vantagens e desvantagens da actividade se destinem àquele por conta de quem se age, que, numa perspectiva económica, será o verdadeiro «dono do negócio». Por outras palavras, que os riscos da actividade sejam do *dominus*. No mesmo sentido, SCHMIDT, *Handelsrecht*, pp. 856 e 866-870.

estipulando-se que o contraente responderá pelas perdas ou pela solvabilidade da contraparte.¹⁹⁶³

Dos preceitos directamente relacionados com a figura do seguro por conta não podemos retirar apoio para a afirmação de que a nossa lei onere o terceiro-segurado com obrigações perante as partes no contrato de seguro. É certo que, ocasionalmente, a lei faz referência às «obrigações» do terceiro-segurado. Chega mesmo a aludir-se às obrigações «que só possam ser cumpridas pelo segurado».¹⁹⁶⁴ Tratando-se este de um terceiro, será todavia mais correcto qualificá-las como *ónus* ou *encargos*. Este uso terminológico impreciso perpassa todo o diploma, tendo-se optado por não distinguir entre deveres e ónus, chamando a todos eles, indistintamente, deveres ou obrigações, o que não impede a doutrina de seguir terminologia mais exacta.¹⁹⁶⁵ Não sendo propósito da nossa lei impor verdadeiras obrigações ao terceiro-segurado, de quem o segurador nada pode exigir, como resulta de uma análise cuidada do diploma, admite-se que a designação «seguro por conta» não seja, porventura, a mais feliz. Aponto em seguida algumas divergências entre os vários sistemas jurídicos continentais europeus, para cuja falta de consciência, ou o menosprezo de grande parte da doutrina, terá possivelmente contribuído a equivocidade da expressão «seguro por conta».¹⁹⁶⁶

No direito suíço, ao contrário do que se passa nos seus congéneres alemão e austríaco, dispõe a lei, literalmente, que o terceiro segurado também se vincula a pagar o prémio ao segurador, embora subsidiariamente, e apenas em caso de insolvência do tomador.¹⁹⁶⁷ Com efeito, o preceito em causa parece distinguir o seguro por conta de terceiro do seguro a favor de terceiro precisamente pela circunstância de apenas no primeiro as partes imporem ao terceiro a obrigação de pagamento do prémio. No entanto, esclarece a

1963 Neste sentido, PESSOA JORGE, *Mandato*, p. 194. O autor pensa na figura da comissão *del credere* (cfr. *supra* n. 1156).

1964 Cfr., por exemplo, o art. 48.º/2 LCS.

1965 Cfr. os *Motive* da VVG, p. 147, onde se explica que, de acordo com os princípios de direito civil alemão, não podem as partes num contrato impor uma responsabilidade a um terceiro, não se encontrando motivos suficientes para fundar um desvio a esses princípios no regime do seguro por conta de outrem.

1966 Chama a atenção para esta divergência o suíço CORRODI, *VFR*, p. 21.

1967 Art. 18 VVGch: «1. O tomador obriga-se ao pagamento do prémio. 2. Nos seguros por conta de outrem, o segurador também pode exigir ao segurado o pagamento do prémio, quando o tomador se torne insolvente e não tenha ainda recebido do segurado o pagamento do prémio. 3. Nos seguros a favor de terceiro, o segurador tem o direito de compensar o prémio com a prestação devida ao beneficiário.».

doutrina, o preceito deve ser interpretado restritivamente, no sentido de se limitar a criar um direito de acção directa do segurador contra o segurado nos casos em que este se obrigara perante o tomador a suportar o custo do prémio.¹⁹⁶⁸ A lei italiana também responsabiliza aparentemente o segurado pelo pagamento dos prémios de seguro, desta feita não a título subsidiário mas em todos os casos, embora apenas perante o tomador, a quem reconhece um direito ao reembolso, em caso de sinistro, e não perante o segurador, conferindo àquele, inclusivamente, para esse efeito, um privilégio sobre o montante de eventuais indemnizações devidas pelo segurador ao segurado.¹⁹⁶⁹ Similarmente, sustenta alguma doutrina italiana, a este propósito, que a obrigação de reembolso é meramente eventual, só existindo nos casos em que o justifica «uma relação interna de natureza onerosa» entre o tomador e o segurado.¹⁹⁷⁰ Não obstante os esforços da doutrina destes países, como bem se compreende, a existência de preceitos como estes pode conduzir à conclusão de que, nestes sistemas, o instituto do seguro por conta apresenta contornos distintos dos que apresenta nos sistemas que não os contêm ou que, no mínimo, cria obstáculos inexistentes nos demais sistemas.¹⁹⁷¹

Em Portugal, havia no regime anterior um preceito cuja interpretação poderia causar alguma perplexidade: o art. 428.º/§ 3 CCom. Da última parte deste parágrafo pareceria

1968 Neste sentido, HASENBÖHLER, *Komm. Schw. VVG*, art. 18 p. 296 m. 24. Pretende-se proteger o segurador contra a concorrência dos demais credores do tomador em caso de insolvência deste último. Mas este preceito de nada vale ao segurador nos casos em que o segurado não se obrigou perante o tomador a suportar o custo do prémio. Neste sentido, também EISNER-KIEFER, *Prämie*, p. 73. Seja como for, com base neste artigo a doutrina distingue do seguinte modo o seguro por conta de terceiro do seguro a favor de terceiro: o primeiro resulta de um desdobramento entre as figuras do tomador e do segurado; no segundo correspondem a uma única pessoa o tomador e segurado, e o terceiro é um mero beneficiário do seguro. Nesse sentido, HASENBÖHLER, art. 18 p. 299 m. 40. Também é essa, aparentemente, a posição da francesa NICOLAS, *Essai, maxime* pp. 239-240. A autora parte de uma concepção do seguro por conta que o limita ao seguro por conta de quem pertencer, não admitindo outro, para explicar que, neste, se exige que o seguro cubra, quer o interesse do tomador, quer o de um terceiro, concluindo a partir daqui que, pelo menos em grande parte dos seguros por conta, se celebram na verdade dois contratos sinalagmáticos justapostos num único instrumento, tendo o segurador dois credores, o que tornaria a estrutura do seguro por conta mais complexa do que a estipulação para terceiro. Creio que a sua análise não reflecte com total rigor a estrutura jurídica, nem do seguro por conta, nem da estipulação para terceiro. Em sentido distinto, cfr. os suíços KOENIG, *Anspruchsberechtigung*, p. 239, que caracterizava o seguro por conta como um contrato a favor de terceiro modificado, com algumas especialidades de regime; e IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 25, que o qualificava como um contrato a favor de terceiro *sui generis*, sustentando, no entanto, que não se lhe aplicaria o regime do contrato a favor de terceiro constante do art. 112 OR.

1969 Art. 1891 CCit (quarto período). Sobre este preceito, cfr. SCALFI, *Assicurazione*, p. 49.

1970 Cfr. PURCARO, *Ass. Per Conto*, p. 53.

1971 Não é esta a única divergência de monta entre os vários sistemas jurídicos europeus. Sobre as diferenças que transparecem no confronto entre as figuras do seguro por conta de outrem e o seguro a favor de terceiro, veja-se *infra* o texto a partir da n. 2020.

poder retirar-se o reconhecimento legal de um direito do tomador a haver a parte proporcional do prémio, dos restantes segurados por conta de quem celebra o contrato. Contudo, semelhante interpretação deveria ser afastada, por contrária ao espírito do regime no seu conjunto, devendo antes concluir-se que o preceito ressaltava esse direito nos casos em que o mesmo resultasse já da relação entre o tomador e os restantes segurados, não o criando nos casos em que tenha sido diversa a alocação dos custos do seguro.¹⁹⁷² A expressão já não aparece no correspondente art. 47.º/3 LCS.¹⁹⁷³

7.2.2. Modalidades

São muito numerosas as circunstâncias que podem levar alguém a celebrar um seguro por conta.¹⁹⁷⁴ Podemos esquematizá-las do seguinte modo: (i) o tomador segura uma pessoa ou coisa alheia porque se encontra legal ou contratualmente vinculado a cuidar dela; (ii) o tomador segura uma pessoa ou coisa alheia porque, sofrendo esta um dano, ele sofrerá indirectamente com esse dano; (iii) o tomador segura uma coisa que, sendo sua, pretende alienar, no contexto dos seus esforços para induzir um terceiro a adquiri-la; e (iv) o tomador segura uma pessoa ou coisa alheia porque se preocupa simplesmente com o bem estar daquela ou de quem de algum modo possa vir a ser prejudicado por um sinistro que atinja qualquer uma delas.¹⁹⁷⁵ Na primeira situação está o banco ou o armazenista, em relação aos bens dos seus clientes depositados nos seus cofres ou armazéns, ou ainda o transportador, relativamente às coisas ou pessoas transportadas.¹⁹⁷⁶ Na segunda situação está o usufrutuário, relativamente à coisa sobre que recai o seu usufruto – o mesmo se passando com qualquer outro direito real menor –, ou ainda o sócio, relativamente aos pertences da sociedade. É claro que, nestes casos, o tomador poderá optar por segurar apenas o seu próprio interesse, mas talvez prefira contratar um seguro que permita

1972 Neste sentido, J. M. BRITO, *Seguro por Conta*, p. 149.

1973 Veja-se, de resto, um exemplo em que é criado pela própria lei o direito do tomador a reaver dos restantes segurados a respectiva quota-parte do prémio, no art. 1429.º/2 CC. Cfr. *infra* n. 1989.

1974 Veja-se a resenha de exemplos práticos em IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 2. Cfr. ainda KRAUSE, *Begriff*, p. 44 n. 172. O autor observa que os motivos para a celebração de seguros por conta de outrem podem ser os mais variados. Podem fundar-se em deveres legais ou contratuais ou corresponder a um puro altruísmo do tomador, ou mesmo a uma manobra de *marketing*. Sublinha que, muitas vezes, subjacente à protecção do interesse alheio estaria a protecção do próprio interesse. Historicamente, teve ainda significado no ordenamento alemão a exigência de outrora de que a protecção do seguro só poderia ser disponibilizada a tomadores residentes na localidade do segurador.

1975 A esquematização segue de perto a de IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 2.

1976 Neste último caso, o transportador pode optar entre celebrar um seguro de responsabilidade civil por conta própria ou um seguro de acidentes pessoais por conta dos seus clientes. Esta «fungibilidade» será tratada já em seguida.

reconstituir na íntegra a situação existente antes do sinistro a ver-se apenas ressarcido do seu próprio dano, sem contudo poder reconstituir a situação anterior, por falta de meios para substituir a coisa em causa.¹⁹⁷⁷ Na terceira situação está, naturalmente, o vendedor, relativamente à mercadoria que vende. Na quarta situação está o familiar, relativamente aos membros da sua família pelos quais não seja responsável, ou eventualmente o estabelecimento de ensino, relativamente aos alunos que o frequentam, embora neste último caso seja pouco clara a fronteira entre a preocupação altruísta e os deveres de cuidado que recaem sobre o tomador.

Em muitos destes casos, é patente a função substitutiva de um seguro de responsabilidade civil desempenhada pelo seguro de coisas ou de pessoas por conta de outrem, que leva muitos fornecedores de bens ou prestadores de serviços a optar por estes últimos, visto pretenderem assegurar o integral ressarcimento dos seus clientes, sem o incómodo ou o embaraço da verificação de todos os requisitos da sua própria responsabilidade civil.¹⁹⁷⁸ Celebrando o tomador um seguro de coisas ou de pessoas por conta de outrem – evidentemente, sem a exclusão do dano causado pelo próprio tomador, e com a exclusão da sub-rogação do segurador nos direitos do segurado contra

1977 Não deverá deixar de observar-se, a este propósito, que esta separação de águas não resulta inteiramente clara nos preceitos legais relativos ao seguro em matéria de usufruto. Cfr. os arts. 1480.º e 1481.º CC. Da leitura destes preceitos parece retirar-se a conclusão de que, para a lei, se segurariam coisas e não interesses sobre coisas. Sobre esta distinção, cfr. *supra* o texto junto à n. 458. Começamos pelo disposto no art. 1481.º/1 CC. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 502 n. 12, conclui que este preceito se aplica ao seguro celebrado pelo usufrutuário por sua própria conta. É o que parece, tendo em conta a parte inicial do preceito. Todavia, essa primeira parte não joga com a parte final: como pode o usufruto transferir-se para a indemnização se o seguro fora desde logo celebrado por conta do próprio usufrutuário? Pelo contrário, só fará sentido aplicar esta regra a um seguro celebrado por conta do proprietário de raiz – nesse caso a regra seria, muito simplesmente, a que já constava do art. 1480.º/1 CC. Já se o interesse coberto é o do usufrutuário, o direito de crédito sobre o segurador está à partida na sua titularidade, nada se transferindo por ocasião do sinistro. Este raciocínio é confirmado pela referência ao direito do proprietário de reconstruir a coisa, constante do art. 1481.º/2 CC. Veja-se, a este propósito, o que dizem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC Anot. III*, pp. 540-542, que chegam a exigir que o seguro seja «da coisa» e não do direito de usufruto ou da nua propriedade. Não podendo ser esse o caso, como vimos, deverá entender-se que o preceito se aplica unicamente aos seguros celebrados pelo usufrutuário por conta do proprietário de raiz, e aos celebrados por este último mas em que os prémios sejam suportados pelo primeiro. Tratando-se de um seguro celebrado por conta do usufrutuário, em seu nome ou de terceiro, torna-se desnecessária a existência de um regime especial.

1978 Neste sentido, KRAUSE, *Begriff*, pp. 19 e 49; e HOFMANN, *PfV*, p. 200. Cfr. ainda SINDE MONTEIRO, *Seguro de Acidentes*, p. 336. O autor faz notar, na senda de FANELLI, que o seguro de responsabilidade civil «desempenhará tanto melhor a sua função quanto mais se aproximar nos seus resultados dos de um seguro directo de danos» (com esta última designação o autor parece referir-se aos seguros de coisas ou de pessoas de natureza indemnizatória).

o tomador¹⁹⁷⁹ – bastará ao segurado fazer prova do dano para receber a indemnização. Encontrando-se reunidos os pressupostos da responsabilidade civil, a circunstância de o tomador deste seguro ser o responsável não pode deixar de ser tida em conta: neste seguro, há um acto de disposição do tomador que tem como destinatário o segurado. Ocorrendo um acto gerador de responsabilidade, tendo o responsável providenciado pelo integral ressarcimento do lesado, será esse ressarcimento efectivado por via do seguro, pouco importando se se trata de um seguro de pessoas ou de coisas ou, pelo contrário, de um seguro de responsabilidade civil. Em ambos os casos, o segurador, quando paga, actua como *instrumento* do tomador, concretizando o seu acto dispositivo para com o lesado. Poderá, por conseguinte, afirmar-se com exactidão que o tomador responsável cumpriu o seu dever de indemnizar o lesado, ficando dispensado de o fazer pessoalmente.

Na Alemanha, foi mais longe, numa decisão recente, o BGH. O tribunal declarou improcedente o pedido dos pais da vítima mortal de um acidente de viação, que pretendiam obrigar o condutor do veículo em que o seu filho se deslocava a accionar o seu seguro de acidentes pessoais de ocupantes junto do respectivo segurador, pela circunstância de o acidente já ter sido imputado ao condutor do outro veículo envolvido no acidente, tendo os autores sido integralmente ressarcidos pelo segurador do lesante. O tribunal entendeu que, neste caso, o seguro de acidentes pessoais de ocupantes

1979 GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 493-494, nota que é frequente a estipulação, nas condições gerais dos seguros de coisa, da cláusula segundo a qual o tomador é exonerado de responsabilidade, caso lhe sejam imputados os factos causadores do sinistro num seguro por conta de outrem. Mais radical é MOTTINHO DE ALMEIDA, *Seguros por Conta*, p. 153. Entende o autor que, embora a lei não o diga expressamente, os seguros por conta cobrem também a responsabilidade do tomador pela perda ou deterioração da coisa segura, ainda que nada se estipule a esse respeito. Segundo o autor, «trata-se de conclusão que resulta de a sub-rogação do segurador se dirigir apenas contra o terceiro causador do sinistro». Referia-se ao art. 441.º CCom. Actualmente, cfr. o art. 136.º/1 LCS. Concordo com esta interpretação. As referências ao «terceiro causador do sinistro» – agora ao «terceiro responsável pelo sinistro» fazem jus à circunstância de, muitas vezes, o seguro por conta de outrem cumprir o papel de um seguro de responsabilidade civil por conta do próprio tomador. Nada impede as partes de afastarem semelhante restrição, estipulando a existência de um direito de sub-rogação do segurador também contra o tomador, em conformidade com o disposto no art. 590.º CC. Note-se, por fim, que a referência da lei ao «causador» não visava restringir a aplicação do preceito ao lesante, incluindo também os responsáveis que fossem pessoas distintas do lesante. Mais precisa é a actual referência ao «responsável». Cfr. PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 67 p. 629 m. 12. O autor precisa que «terceiro», na disposição correspondente de direito alemão, significa «aquele que não é nem tomador nem segurado». Cfr., todavia, p. 630 m. 15. O autor acrescenta que, excepcionalmente, o segurador sub-roga-se nos direitos do segurado contra o próprio tomador, se do tipo de seguro em causa resultar que o interesse do tomador não se encontra protegido. Dá o exemplo de um seguro-caução. O autor menciona ainda a possibilidade de sub-rogação do segurador nos direitos do tomador-segurado contra um terceiro-segurado (p. 631 m. 16).

funcionava na prática como um seguro de responsabilidade civil do condutor. Sendo formalmente um seguro por conta, não fora verdadeiramente celebrado por conta e no interesse dos ocupantes, mas sim por conta e no interesse do próprio condutor, para ser accionado apenas na medida em que se mostrasse necessário ao ressarcimento dos eventuais lesados. Ao tomador era pois legítimo optar por não accionar o seguro de acidentes pessoais de ocupantes.¹⁹⁸⁰

Os seguros por conta desempenham um importante papel social, desde logo no tradicional domínio dos seguros de mercadorias transportadas, e cada vez mais nos seguros de passageiros, mas também noutros domínios mais recentes, como os seguros de grupo celebrados pelos empregadores por conta dos respectivos trabalhadores. O segurador tem neles vantagem, na medida em que apenas terá de lidar com um único tomador, cuja solvabilidade pode mais facilmente conhecer, designadamente para o efeito da cobrança dos prémios, em lugar de ter lidar com toda uma multiplicidade de segurados que vão sendo os sucessivos proprietários da coisa segura, os vários clientes do estabelecimento comercial, os vários trabalhadores da entidade empregadora. Também para os segurados esta forma de seguro é benéfica, porque muitas vezes estes não têm suficiente experiência na contratação de seguros nem o peso negocial da respectiva entidade empregadora, se se tratar de um seguro dos respectivos trabalhadores, sendo em todo o caso vantajoso para todos os envolvidos que os seus interesses sejam salvaguardados desta forma, mais eficiente do que seria a celebração de uma pluralidade de contratos de seguro por uma multiplicidade de interessados.¹⁹⁸¹

Neste ponto convém traçar com rigor a magna distinção tradicional nos seguros por conta entre: (i) os seguros por conta de outrem; e (ii) os seguros «por conta de quem pertencer».¹⁹⁸² Saber-se-á se se está perante uma ou outra situação unicamente por via da interpretação. A fronteira entre ambos nem sempre é traçada segundo o mesmo

1980 Cfr. BGH 07.05.1975, *maxime* pp. 262-268.

1981 Já o dizia LENNÉ, *VFR* (1911), pp. 2-4.

1982 Cfr. o art. 48.º/1 e 6 LCS. O seguro por conta de quem pertencer encontra um curioso paralelo na figura italiana da compra e venda por conta de quem pertencer de que trata o art. 1513 CCit (*vendita per conto di chi spetta*). Cfr. MESSINEO, *Per Conto di Chi Spetta*, p. 77. O autor afirma que este «chi» é em todos os casos o interessado no contrato que todavia não participa na sua formação. Entre nós, que se saiba, a expressão – noto que falo apenas da expressão e não do seu significado – é exclusiva dos seguros.

critério.¹⁹⁸³ Há quem sustente que o seguro é celebrado por conta de outrem «quando não é coberto o interesse do próprio contraente» e por conta de quem pertencer «quando também esse interesse é objecto do contrato».¹⁹⁸⁴ Entendo que não deve ser assim.

O seguro por conta de quem pertencer não se caracteriza por cobrir, simultaneamente, as pessoas do tomador e de terceiros, mas antes por prescindir da identificação directa do segurado, que se identifica unicamente por via indirecta – *per relationem* – sendo o sentido dessa referência o da «fungibilização» do segurado. Nesta modalidade de seguro por conta, o segurado identifica-se pela sua relação com algum aspecto da realidade que o rodeia. Muitas vezes, tratar-se-á da própria coisa segura.¹⁹⁸⁵ Esta pode identificar-se em

1983 Tradicionalmente, a doutrina francófona nem sequer os distinguia, reconhecendo apenas a figura do seguro por conta de quem pertencer (*pour compte de qui il appartiendra*). Cfr., por exemplo, PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 409. Os autores tratavam o seguro por conta de quem pertencer «ou, mais sucintamente, seguro por conta». Cfr. ainda, em sentido idêntico, LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 162; e NICOLAS, *Essai*, p. 231. Dizem-no, apesar da lei dar a entender o contrário, no L.112-1 CAfr. Este preceito menciona em primeiro lugar os seguros celebrados «em virtude de um mandato geral ou especial ou mesmo sem mandato, por conta de uma pessoa determinada». E mais à frente dispõe que os seguros «podem ainda celebrar-se por conta de quem pertencer». Os belgas ANDRÉ/HOSTE, *Assurances*, pp. 14-15, sustentavam que o contrato celebrado por conta de uma pessoa determinada deveria sê-lo também em nome da pessoa por conta de quem se celebrava. Fora do domínio da representação, aceitavam unicamente o seguro por conta de quem pertencer, em que não se conhecia ainda a identidade do interessado. Cfr. as observações críticas de FONTAINE, *Assurances*, p. 153. A confusão é proporcionada pelo art. 38 da LCSbe (cuja epígrafe se refere ao seguro por conta de outrem e cujo corpo se refere ao seguro por conta de quem pertencer). Sustenta o autor que deve entender-se que o artigo se aplica a ambos (p. 156).

1984 MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 53. Cfr. ainda o seu mais recente *Seguros por Conta*, p. 152. No mesmo sentido, GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 479. O primeiro autor funda-se em DONATI, *Trattato II*, p. 77. É mais complexa a distinção traçada pelo autor (cfr. pp. 69-77). Mas é certo que, a determinada altura, o autor afirma que só no seguro por conta de quem pertencer pode ficar por responder a questão de saber se o tomador também se inclui entre os segurados, dado que, no seguro por conta de outrem, já se saberia que este outrem não é o tomador, ainda que a sua identidade permaneça indeterminada. Neste sentido, por exemplo, HOFMANN, *PVR*, pp. 59-60 e 198. Verificando-se que o segurado é um terceiro, aplica-se a este seguro o regime dos seguros por conta de outrem. Verificando-se que é o próprio tomador, aplica-se-lhe o regime dos seguros por conta própria. É o que resulta dos §§ 80 VVG e 781 HGB. Estes preceitos podem, de certa forma, dar a entender que o que caracteriza o seguro por conta de quem pertencer seria a não indicação de que os interesses que se seguram são próprios ou alheios, pelo modo como formulam aquela regra. GLITZA, *VRWEA*, p. 1, via o seguro por conta de quem pertencer, nessa linha, como uma «forma mista» entre o seguro por conta própria e o seguro por conta de outrem.

1985 Como acaba por reconhecer implicitamente GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, p. 483, ao sublinhar que, com a figura do seguro por conta de quem pertencer, se garante a fungibilidade dos segurados. Cfr. ainda SALANDRA, *Assicurazione*, p. 229; e ANGELONI, *CFT*, p. 316. Para DIERYCK, *Intérêt d'Assurance*, p. 730, o seguro por conta de quem pertencer celebra-se *in re* mais do que *in persona* – como que incorporando-se, por assim dizer, na mercadoria, de que o segurado se torna acessório (p. 747). Na mesma linha, PINHEIRO TORRES, *Ensaio*, pp. 93-95, sustentava que o seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação seria um seguro real e não um seguro pessoal, na medida em que o âmbito da cobertura se circunscreve, não em função do tomador mas em função do veículo, na medida em que respeita aos acidentes causados pelo veículo a que se refere o seguro, independentemente de quem o conduza, ou seja, a cobertura acompanha o veículo e não a pessoa do seu condutor.

absoluto – certos lotes de amendoins, embarcados em certo dia num dado porto, em determinado navio, ainda em trânsito – ou de forma relativa – o recheio de um dado edifício. Mas pode o seguro não ser um seguro de coisas, circunstância em que a coisa a partir da qual se identifica o segurado não será, naturalmente, uma coisa segura, funcionando todavia a identificação do segurado em moldes muito semelhantes. Por exemplo, num seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação, são segurados todos os condutores do veículo com a matrícula xx-xx-xx.¹⁹⁸⁶ Num seguro de acidentes pessoais de passageiros, são segurados todos os ocupantes da aeronave com a matrícula yy-yyy.

É este um seguro em que a qualidade de segurado é muitas vezes transitória, visto que os seus titulares se sucedem com a transmissão da titularidade do interesse seguro.¹⁹⁸⁷ Pense-se no exemplo do armazenista que segura contra o risco de incêndio, indistintamente, os bens que estejam no interior do seu armazém, sejam de quem forem. O tomador até pode estar certo de que em caso algum colocará no interior do armazém os seus próprios bens, porque o destina em exclusivo aos bens dos seus clientes, e o seguro em causa até pode conter uma exclusão relativa aos seus próprios bens, sem com isso descaracterizar esta modalidade de seguro.¹⁹⁸⁸ O importante é que a delimitação do universo dos segurados se faça por referência ao armazém, e o sentido dessa referência seja o da «fungibilização» dos segurados, o que nos leva a caracterizá-lo como um seguro por conta de quem pertencer. Note-se que não basta uma qualquer identificação *per relationem*. É preciso que resulte do teor do contrato que a qualidade de segurado se transmite com a titularidade do interesse seguro – assim, o seguro dos tacos de golfe de que seja proprietário «o marido da tomadora» só será um seguro por conta de quem pertencer se resultar do mesmo que este cobre a propriedade de quem quer que se encontre nessa

1986 Neste caso, apesar da fungibilidade de segurados, que serão todos quantos vierem a conduzir o veículo, é de notar que o seguro não se transmite com a transmissão da propriedade do veículo, cessando por efeito da alienação. Cfr. o art. 21.º/1 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

1987 HOFMANN, *PVR*, p. 198, afirma que aos contratos por conta de quem pertencer não se aplicam os preceitos relativos à transmissão da coisa segura, pelo simples facto de que, nestes seguros, a posição de segurado se adquire, de imediato, por efeito da aquisição da coisa segura – e não por cessão dessa posição do anterior para o novo proprietário. Em Portugal, também assim é: não se aplica aos seguros por conta de quem pertencer o disposto no art. 95.º/2 e 3 LCS. Este último deixa-o bem claro, fazendo referência ao segurado determinado. Estes preceitos destinam-se a regular os demais seguros. No caso dos seguros por conta de quem pertencer, a sucessão dos vários titulares do interesse sobre a coisa segura pertence à própria natureza da figura.

1988 Cfr. KRAUSE, *Begriff*, pp. 34-36.

situação, e não só, como é mais comum, a daquela mesma pessoa que, por acaso, se identificou pela sua relação com a tomadora.

Por outro lado, a circunstância de num mesmo contrato serem segurados, quer o próprio tomador, quer terceiros, nem por isso o transforma, necessariamente, num seguro por conta de quem pertencer. Pense-se no seguro de incêndio celebrado pelo administrador do condomínio por conta de todos os condóminos, um dos quais é o próprio administrador.¹⁹⁸⁹ Será um seguro parcialmente por conta própria e parcialmente por conta de outrem, e não um seguro por conta de quem pertencer, se as respectivas condições não aceitarem a sucessão automática na posição de segurado em caso de transmissão da propriedade de uma fracção autónoma. Será um seguro por conta de quem pertencer se o contrato for redigido de forma a cobrir o risco dos actuais e futuros condóminos, quaisquer que eles sejam. Este raciocínio estende-se aos casos em que o segurado é ainda indeterminado no momento da celebração do contrato mas em que no contrato se descreve o modo de o determinar. Nesta última situação, poderemos falar num seguro por conta própria e/ou de outrem.

«O tomador do seguro pode segurar interesses alheios em nome próprio, caso do seguro por conta de outrem; pode segurar interesses alheios em nome de outrem, como representante com ou sem poderes; e finalmente, em virtude de especial relação económica, pode deixar em aberto, assumida e intencionalmente, se o interesse a segurar é o seu próprio ou, no todo ou em parte, o de terceiro, casos do seguro por conta de quem pertencer e do seguro por conta própria e/ou de outrem.»¹⁹⁹⁰

1989 Art. 1429.º CC. O dever de contratar este seguro é, em primeira linha, dos condóminos. Se os condóminos não o fizerem, deve o administrador, subsidiariamente, fazê-lo. Na maior parte dos casos, é isso que acaba por acontecer, dado ser esta, de longe, a solução mais prática. Tenha-se em conta que o seguro deve cobrir as fracções autónomas e as partes comuns (n.º 1). O administrador tem o direito de reaver dos condóminos a respectiva quota-parte do prémio (n.º 2). A lei nada diz sobre se este será um seguro em nome próprio e por conta dos condóminos ou antes um seguro em nome e por conta dos condóminos. Todavia, julgo ser de entender que a lei não confere, neste caso, poderes de representação ao administrador, devendo concluir-se que o seguro por si celebrado deverá ser sempre celebrado em nome próprio e por conta dos condóminos.

1990 LENNÉ, *VFR*, pp. 93-94. Ambas as formas se encontram no § 80 II VVG: «Se um seguro for por conta de quem pertencer, ou se do contrato resultar de outro modo que ficou por determinar se se segurou um interesse próprio ou alheio, verificando-se que se encontra seguro um interesse alheio, aplicam-se ao contrato as disposições dos §§ 75 a 79.»

O domínio do seguro por conta estende-se à totalidade do direito dos seguros¹⁹⁹¹ – pelo menos em Portugal.¹⁹⁹² Podem celebrar-se seguros de coisas por conta de outrem e de quem pertencer, podem celebrar-se seguros de responsabilidade civil por conta de outrem e de quem pertencer. O mesmo vale nos seguros de vida ou de acidentes pessoais, se bem que, nestes, a necessidade de consentimento da pessoa segura possa introduzir algumas dificuldades práticas à sua celebração, nos casos em que a sua flutuação acompanhe a dos segurados.¹⁹⁹³ A situação é distinta noutros ordenamentos, onde há quem recuse a admissibilidade da contratação por conta de seguros de vida. É o caso do alemão.¹⁹⁹⁴

1991 Esta afirmação goza de maior apoio no que respeita aos seguros por conta de outrem do que aos seguros por conta de quem pertencer. No sentido do texto, a propósito destes últimos, cfr. GLITZA, *VRWEA*, pp. 13-17.

1992 Em Portugal, note-se que os seguros por conta se encontram regulados no Título I da LCS (Regime Comum). Cfr. em especial o art. 47.º/2 LCS. No regime anterior, veja-se o art. 428.º CCom (proémio e § 2). A presunção de que o contrato é celebrado por conta própria aplica-se, sem distinção, a todos os seguros, salvo, naturalmente, a casos particulares como o do seguro-caução. Nesse sentido, embora a propósito do art. 7 LCSes, GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, p. 351. O art. 456.º CCom, que à letra parecia proibir o seguro de vida por conta e sobre a vida de terceiro, devia interpretar-se no sentido de exigir o interesse do segurado, e não do tomador. Cfr. *infra* n. 2124.

1993 Sobre a exigência do consentimento da pessoa segura, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1696.

1994 Na Alemanha, o seguro por conta de outrem encontrava-se regulado na secção da lei dedicada aos seguros de danos: §§ 74-80 VVG. Note-se que isso já não acontece no VVG 2008 (cfr. §§ 43-48). Aos seguros marítimos aplicam-se os § 781 HGB (cfr. *supra* n. 1984). De acordo com alguma doutrina, a possibilidade de celebrar seguros por conta de outrem encontrava-se vedada nos seguros de vida, que, ainda que pudessem celebrar-se sobre a vida de um terceiro, deveriam celebrar-se por conta própria e não por conta desse terceiro. Baseavam-se no disposto nos §§ 159 II e 179 I VVG. Cfr. MÖLLER, *Rechte Dritter*, pp. 18-19; ASMUS, *Rechte Dritter*, pp. 56-58; DEUTSCH, *VVR*, p. 68; e HOFMANN, *PVR*, pp. 60-61. Os autores esclareciam que, nos seguros de vida sobre a pessoa de um terceiro, faltando o consentimento escrito do terceiro, era nulo o seguro de vida, enquanto o de acidentes pessoais se considerava celebrado por conta do terceiro, aplicando-se então o regime legal dos seguros por conta de outrem. Segundo estes autores, o legislador teria entendido que, no seguro de vida, ao contrário do que se passava no seguro de acidentes pessoais, seria perigoso deixar que se especulasse sobre a vida de um terceiro nas suas costas. Daí a exigência, em todos os casos, do seu consentimento, e a decorrência de que o segurado seria, em todos os casos, o próprio tomador. Cfr. ainda, no mesmo sentido, LENNÉ, *VFR*, pp. 80-90. O autor criticava a localização sistemática do regime do seguro por conta de outrem, explicando que foi uma decorrência da sua evolução histórica, primeiro no seguro marítimo, de onde foi depois exportado para o seguro de transporte terrestre de mercadorias. KOOK, *Gruppenvertrag*, pp. 46-47, sustentava que só não existia um preceito semelhante ao dos acidentes pessoais na secção dedicada aos seguros de vida porque, como decorre dos *Motive* da VVG, naquela época só os seguros de acidentes pessoais e não os de vida eram assim celebrados. A sustentabilidade do argumento histórico foi todavia posta em causa por DÜBY, *Kollektivversicherung*, pp. 1-28; e DREWS, *Zustimmung*, p. 636, segundo os quais, à época, já se fazia sentir a necessidade de regulação do seguro de vida de grupo. Em defesa da admissibilidade do seguro de vida por conta de outrem, vejam-se WINTER em BRUCK/MÖLLER/WINTER, *VVG V2*, §§ 159-178 p. 1060 m. H2; e BAYER, *Einbeziehung*, p. 67. O primeiro dá o exemplo do seguro de grupo. Sustenta que a ausência de um regime legal do seguro de vida por conta de outrem não significa que este estivesse vedado à autonomia privada. No regime actual, cfr. os §§ 150 II e 179 I VVG 2008. Manteve-se, no essencial, a redacção dos preceitos em causa, pelo que não se antecipam grandes alterações no sentido da doutrina maioritária. Sobre alguns dos problemas a que dá azo este particularismo das doutrinas de expressão germânica, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2193. Este particularismo do direito alemão não ultrapassou as fronteiras desse país. O suíço CORRODI, *VFR* (1916), pp. 58-67, discordava da posição da doutrina alemã contrária à admissibilidade do seguro de vida por conta de outrem,

Noutros ainda, é a própria lei que não deixa margem para dúvidas, proibindo a celebração por conta de seguros de vida.¹⁹⁹⁵

Havendo indeterminação inicial da identidade dos segurados, por vezes só com a ocorrência do sinistro se determinará em definitivo quem são os titulares do direito à indemnização. Noutros casos, os segurados tornam-se titulares da cobertura, e adquirem o direito à prestação em caso de sinistro, *ipso iure*, ao adquirirem, fora do contrato, a titularidade do interesse seguro. Isso pode acontecer de várias maneiras: sem pretensões de exaustividade, podem adquirir um qualquer direito, ou outra situação jurídica activa, sobre a coisa segura, ou podem colocar algo de seu sob a égide da coisa segura (será este o caso no exemplo do seguro de incêndio do armazenista). No seguro por conta de quem pertencer, dado que esta qualidade se determina indirectamente, por referência, designadamente, à coisa segura, o tipo de interesse seguro tem de estar contratualmente definido – se um interesse de proprietário, se um interesse de credor hipotecário, e assim por diante – para que possa determinar-se, em cada momento, quem se encontra efectivamente coberto pelo seguro.¹⁹⁹⁶ Discute-se na doutrina se, no seguro por conta de quem pertencer, (ii) é segurado o titular do interesse seguro no momento da celebração do contrato; (ii) é segurado o titular do interesse seguro no momento da ocorrência do sinistro; ou (iii) são segurados todos os interessados enquanto se tornarem e

entendendo não haver diferença, a este respeito, entre o seguro de vida e o seguro de acidentes pessoais. Entendia que o seguro de vida por conta de outrem não estava regulado no direito alemão, devendo por isso aplicar-se-lhe, por analogia, o disposto no § 179 II VVG. Observava que o direito suíço não coloca a esse respeito quaisquer dificuldades, visto que o regime do contrato por conta de outrem aparece regulado na parte geral da respectiva lei. O autor entendia ser essa a sua localização correcta. Dava o exemplo do seguro de nupcialidade e do seguro militar, comumente integrados no ramo vida, que podem ser inequivocamente celebrados por conta própria e/ou por conta, respectivamente, da filha e do filho do tomador. Isto porque, segundo o direito alemão, em certas circunstâncias o pai teria o dever legal de pagar um dote aquando do casamento da filha (cfr. o § 1620 BGB). Ou simplesmente porque, de facto ainda que não de direito, nalguns casos iria ter de suportar as despesas de qualquer dos filhos. O autor acrescentava que, se o seguro for por conta própria, o pai até pode acordar com o segurador em conceder aos filhos o direito de exigir a prestação, sem por isso o seguro passar a ser por conta de outrem, embora passando a ser a favor de terceiro.

1995 A proibição expressa da contratação de seguros de vida por conta consta, designadamente, do art. 21 LCSar. HALPERIN/MORANDI, *Seguros II*, p. 832, sustentam que a contratação por conta seria contrária à natureza e ao risco assumido nos seguros de vida. Este entendimento, tradicionalmente veiculado por alguma doutrina, dificilmente se compreende quando se pensa na actual contratação massificada de seguros de vida colectivos. Em França, mesmo na falta de uma disposição tão clara, a ideia de que os seguros por conta seriam actualmente um exclusivo dos seguros de danos parece ter sido adoptada pela doutrina. Cfr. LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 162.

1996 Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 97-98 e 101; e, mais recentemente, JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 80 p. 710 m. 45.

permanecerem titulares do interesse seguro.¹⁹⁹⁷ Julgo que é esta última a única posição que traduz adequadamente a circunstância de os segurados serem, desde logo, titulares da cobertura do seguro, desfrutando desse bem jurídico desde o momento em que como tal devam ser qualificados, e não unicamente em caso de sinistro.

7.2.3. Sua distinção das apólices à ordem e ao portador

As apólices de seguro podem ser nominativas, à ordem e ao portador. Supletivamente, serão nominativas, salvo nos seguros de pessoas, em que o são injuntivamente, dado só estas serem admissíveis.¹⁹⁹⁸

Para melhor compreender a relação entre as várias modalidades de apólices e os seguros por conta, é conveniente determo-nos sobre as várias acepções do termo «contrato». Temos, antes de mais, a distinção entre o contrato ou, mais amplamente, o negócio jurídico enquanto acto produtor de norma e enquanto norma produzida pelo acto, enquanto *lex contractus*.¹⁹⁹⁹ Temos depois, numa terceira acepção, menos rigorosa, o contrato enquanto documento.²⁰⁰⁰ O contrato de seguro é um dos poucos, senão mesmo o único, em que a prática recorre a palavras distintas para fazer referência ao acto, ou ao seu conteúdo normativo, e ao documento em que este se reduz a escrito, na medida em que é somente este último que se chama «apólice».²⁰⁰¹ É a apólice, como documento escrito que titula o contrato de seguro, e não este último, que podemos qualificar como nominativa, à ordem ou ao portador.

1997 Cfr. GLITZA, *VRWEA*, pp. 30-51. A autora afirmava que a terceira hipótese corresponde à posição maioritária na doutrina alemã e à posição unânime na doutrina inglesa, dividindo-se a doutrina francesa e italiana entre a segunda e a terceira hipóteses. A terceira era também a posição adoptada pela autora. Neste sentido, entre nós, cfr GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 484-485.

1998 Cfr. o disposto nos arts. 38.º e 182.º LCS. Este último preceito não consta das enumerações dos arts. 12.º e 13.º LCS. Contudo, nem por isso devemos concluir que se trate de disposição supletiva, como decorreria do disposto no art. 11.º LCS.

1999 Cfr. Kelsen, *Teoria Pura* (1934), p. 285; e antes HOHFELD, *Conceitos* (1913), pp. 17-18.

2000 Cfr. a distinção em FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto*, pp. 318-321. Cfr. a definição legal de documento no art. 362.º CC (2.ª parte).

2001 O uso não é constante. Por vezes, recorre-se ao termo «apólice» para fazer referência ao contrato, mas o inverso não é frequente: a referência ao documento faz-se em regra com o termo «apólice». Cfr. a sua definição no art. 32.º/2 LCS. Cfr. ainda as referências constantes, designadamente, dos arts. 18.º, 23.º/3 e 4, 32.º/3, 34.º a 38.º, 48.º/3, 51.º/1, 63.º LCS. A excepção parece ser o art. 158.º/b) LCS. Que se compreende, por fazer referência a terminologia consagrada na indústria seguradora, se bem que pouco rigorosa. Não são os documentos que são «abertos» ou «flutuantes» mas, naturalmente, os próprios contratos. Diferentemente, nos países de expressão inglesa, em que o termo *policy* designa, quer o acto ou o seu conteúdo, quer o documento.

De uma forma geral, pode dizer-se que a apólice desempenha para o tomador uma função informativa sobre o teor do contrato e uma função facilitadora da sua execução.²⁰⁰² Pode ainda elevar-se a emissão da apólice a requisito de validade do contrato (*ad substantiam* ou *ad solemnitatem*). Nesse caso teríamos a apólice como título constitutivo das situações jurídicas nele fundadas.²⁰⁰³ Mas não é esse, inequivocamente, o nosso caso.²⁰⁰⁴ Centrando-nos na função facilitadora da execução do contrato, em abstracto podemos conceber a apólice: (i) como documento probatório; (ii) como título de legitimação; e (iii) como título de crédito.²⁰⁰⁵ A apólice será sempre, no mínimo, um documento probatório. Nalguns casos, poderá funcionar ainda como título de legitimação e/ou como título de crédito.

Em Portugal, possivelmente por influência italiana, no domínio dos seguros terrestres as apólices à ordem e ao portador não correspondem a verdadeiros títulos de crédito, mas apenas a títulos ou sinais de legitimação.²⁰⁰⁶ É claro que nunca poderiam ser títulos abstractos, mas esta circunstância, por si só, não impediria a sua qualificação como títulos de crédito causais.²⁰⁰⁷ Não podem como tal qualificar-se porque não há uma verdadeira e

2002 Cfr. LANGENBERG, *Versicherungspolice*, p. 23. Sobre as diversas naturezas que pode assumir a apólice nos principais sistemas jurídicos ocidentais, veja-se o estudo comparativo do autor a pp. 23-48.

2003 Cfr. DONATI, *Trattato II*, pp. 326-334.

2004 Cfr. o art. 32.º/1 LCS (cfr. *supra* n. 800).

2005 Cfr. LANGENBERG, *Versicherungspolice*, pp. 23-48. Segundo o autor, a qualidade de título de legitimação é reconhecida como autónoma nos direitos de matriz germânica e no direito italiano, mas não dos direitos de matriz francesa e no direito inglês, onde, nos seguros como em qualquer outro domínio, aparece necessariamente associada à qualidade de título de crédito (p. 29). O que se diz da apólice vale para os certificados de seguro que muitas vezes são emitidos, sobretudo, mas não só, em caso de pluralidade de co-segurados, e que contêm apenas um resumo das disposições relevantes para os co-segurados, documentos esses a que não se usa chamar apólice.

2006 Em Itália, a lei é clara no sentido de que os documentos que servem só a identificar o titular do direito à prestação, ou a permitir a sua transmissão sem observância das formalidades próprias da cessão, são meros «documentos de legitimação» ou «títulos impróprios», não se lhes aplicando o regime dos títulos de crédito (cfr. o art. 2002 CCit). A doutrina é praticamente unânime ao negar às apólices, sejam elas à ordem ou ao portador, a natureza de verdadeiros títulos de crédito. Cfr. BIANCHI PITITER em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 1889 p. 1884. DONATI, *Trattato II*, pp. 321-337, no livro mais antigo, sustentava a natureza supletiva do disposto no art. 1889 CCit (*infra* n. 2008). A consequência era a de que as partes seriam livres para, derogando-o, conceder às apólices a natureza de verdadeiros títulos de crédito. A posição era controversa no seio da doutrina. Sobre as apólices à ordem e ao portador no direito português, vejam-se CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 550-552; e MORTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 43-46. Na Alemanha, cfr. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 4 pp. 167-172 mm. 1-19; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 4 p. 131 m. 1; e DEUTSCH, *VVR*, pp. 49-50. Nos seguros terrestres, só podem ser títulos de crédito as apólices à ordem, sendo as apólices ao portador meros títulos de legitimação. Nos seguros marítimos, as apólices ao portador também podem assumir a natureza de títulos de crédito.

2007 Neste sentido, a propósito do registo de valores mobiliários, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *RVM*, p. 933. Como não se põe em causa a sua natureza de negócios causais, não se geram dúvidas de que o regime da oponibilidade de meios de defesa não sofre por esse motivo qualquer alteração. Nalguns

própria incorporação de direitos em tais apólices. Estas destinam-se, por um lado, a facilitar a cessão de créditos por parte do tomador ou do segurado, ou eventualmente do beneficiário, ou mesmo a cessão da posição contratual do tomador, ao dispensar o cumprimento de determinadas formalidades, bastando-se, respectivamente, com o endosso ou a tradição.²⁰⁰⁸ Por outro lado, destinam-se a facilitar o cumprimento do dever de prestar por parte do segurador – que no entanto poderá exigir ao portador prova adicional da titularidade do direito, ou exonerar-se mediante o cumprimento a quem mostre por outro meio, que não a exibição da apólice, ser o verdadeiro credor da prestação.²⁰⁰⁹ Do mesmo modo, conhecendo o segurador a identidade do verdadeiro titular, decorre do princípio da boa fé que não se exonera prestando ao portador de uma apólice que não o seja.²⁰¹⁰ Mas a questão fundamental é a da necessidade de aplicação do princípio indemnizatório nos seguros de danos, que não se coaduna com uma verdadeira e própria incorporação de direitos nas apólices à ordem e ao portador.²⁰¹¹

Mediante o endosso de uma apólice à ordem ou a tradição de uma apólice ao portador, transmitem-se unicamente direitos de crédito ou, se o contrato assim o permitir, a posição contratual de tomador. Tratando-se de uma transmissão dos direitos do beneficiário, a transmissão implica a transmissão da posição de beneficiário. Contudo, tratando-se da transmissão dos direitos do segurado, a transmissão *não implica* – embora possa acompanhar – a transmissão da posição de segurado. O interesse seguro continua a pertencer ao cedente, se até aí lhe pertencia, não tendo o endosso ou tradição da apólice qualquer efeito translativo do interesse seguro.²⁰¹² Tratando-se de seguros de danos, nem

ordenamentos, eventuais dúvidas que houvesse foram afastadas de forma expressa. Cfr., por exemplo, o art. L.112-6 CAfr.

2008 Cfr. o art. 38.º/2 e 3 LCS. Esse significado também lhes é conferido por lei em Itália. A regra de que a transmissão das apólices à ordem ou ao portador importa a transmissão do crédito contra o segurador, com os efeitos da cessão, consta do art. 1889 CCit. Cfr. BIANCHI PITTELLI em CIAN/TRABUCCHI, *Commentario CCit*, art. 1889 p. 1884. Cfr. *supra* n. 2006. A situação parece ser idêntica em Espanha (cfr. o art. 9 LCSes). Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, pp. 185-186.

2009 Essa vertente das apólices ao portador é sublinhada na Alemanha. Com efeito, a lei alemã esclarece que a apólice ao portador se emite no interesse do segurador e não no interesse do próprio portador: a este não se reconhece, pelo simples facto de ser portador da apólice, o direito de exigir a prestação do segurador. O segurador é que se exonera se prestar ao portador de uma apólice, e não se encontra obrigado a prestar a não ser contra a devolução da apólice pelo respectivo portador. É o que decorre da conjugação do § 4 I VVG (agora § 4 I VVG 2008) com o § 808 I e II BGB. Cfr. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 4 pp. 171-172 mm. 13-14.

2010 Cfr. os arts. 102.º/1 e 103.º LCS. Neste sentido, MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 4 pp. 171 m. 13; e JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 4 p. 131 m. 2.

2011 Art. 128.º LCS.

2012 Cfr. MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 4 pp. 172 m. 19; e SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, p. 185.

por isso deixará de aplicar-se o princípio indemnizatório, pelo que, embora o segurador possa exonerar-se pagando ao portador da apólice, este só estará a salvo, designadamente, de uma acção de restituição por enriquecimento sem causa, se tiver sofrido danos – ou, no mínimo, se for o legítimo cessionário de quem tenha sofrido danos.²⁰¹³

É claro que pode, por outra via, ocorrer em simultâneo a passagem do interesse seguro para o cessionário – é esse o caso normal. Essa passagem em simultâneo pode ocorrer, designadamente, nos seguros por conta de quem pertencer, visto que, nesse caso, a figura do segurado se define por remissão para a coisa segura, encontrando-se a sucessão na titularidade dos direitos assegurada por outra via, que não a do endosso ou tradição de uma apólice à ordem ou ao portador. Os dois mecanismos são frequentemente usados em complemento um do outro, dado ambos se destinarem, embora cada um a seu modo, a facilitar a mobilidade dos créditos de seguro.²⁰¹⁴ Contudo, este modo de emissão das apólices não deve confundir-se com o seguro por conta de quem pertencer. Já se disse que, quando falamos em apólices nominativas, à ordem ou ao portador, nos situamos no plano dos documentos, e não no dos actos ou respectivo conteúdo. Já o seguro por conta de quem pertencer é uma categoria de contratos de seguro. Quando nele falamos, situamo-nos no plano do seu conteúdo normativo. Não há qualquer correlação necessária entre o seguro por conta de quem pertencer e um qualquer modo específico de emissão de apólices.

2013 Cfr. o art. 128.º LCS. DIERYCK, *Intérêt d'Assurance*, pp. 737-739, sublinha que o interesse seguro é, nas apólices ao portador, o último reduto na defesa do respectivo carácter indemnizatório. Visto que o seguro por conta de quem pertencer se caracteriza pela indeterminação da pessoa do segurado, ante a multidão de eventuais segurados, o requisito do interesse «reveste uma importância capital». Constitui «a salvaguarda do segurador contra os abusos» e assegura o cumprimento do princípio indemnizatório (p. 747).

2014 Cfr. DIERYCK, *Intérêt d'Assurance*, pp. 725-748. O autor analisa os mecanismos das apólices ao portador e dos seguros por conta de quem pertencer, que explica destinarem-se a agilizar o funcionamento dos seguros, sobretudo no domínio do transporte de mercadorias, muitas vezes se combinando numa única apólice. Há quem diga que o seguro por conta de quem pertencer é na realidade um seguro ao portador, mas o autor nota que os dois mecanismos são distintos, dado o primeiro respeitar às relações entre o segurador e o portador, dispensando este último de justificar o seu direito ao título, e o segundo ao modo de transmissão do título, dispensando formalidades que de contrário se exigiriam). Dir-se-ia, no entanto, ser mais correcto afirmar que no primeiro caso se dispensa o segurador de exigir outra prova do título, e não o segurado de o provar, e que no segundo caso se permite que a transmissão da qualidade de segurado ocorra por efeito da transmissão do interesse coberto pelo seguro, dispensando-se qualquer outra intervenção das partes, mas sem no entanto dispensarem o segurado, em qualquer dos casos, de fazer prova da sua efectiva titularidade do interesse seguro – o que, na prática, o segurador só exigirá em casos limitados.

A admissibilidade da emissão de apólices à ordem ou ao portador estende-se, pelo menos em teoria, às mais variadas modalidades de seguros de bens não pessoais, embora na realidade o recurso a este mecanismo seja mais frequente nos seguros associados ao transporte marítimo ou terrestre ou ao armazenamento de mercadorias – e nos seguros de vida, nos ordenamentos em que essa prática é permitida, o que não é o caso do nosso.²⁰¹⁵ Não se percebe inteiramente a razão de ser da proibição de celebração de seguros de pessoas com apólices à ordem ou ao portador, quando neles se permite sem grandes restrições a cessão ou oneração de direitos e a cessão da posição contratual (embora esta se encontre vedada no caso de o tomador ser também pessoa segura).²⁰¹⁶ É certo que estas modalidades são pouco compatíveis com o funcionamento de um «registo central de contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais».²⁰¹⁷ No entanto, teria sido mais sensato subtrair estas modalidades a esse regime do que ter simplesmente vedado a sua utilização.²⁰¹⁸ Nalguns dos mercados em que esta proibição não se verifica, é cada vez mais comum a celebração de seguros de vida com apólices à ordem ou ao portador.²⁰¹⁹

7.3. Seguros por conta *vs.* seguros a favor de terceiro

7.3.1. Os vários entendimentos doutrinários em confronto

Encontramos na doutrina toda a espécie de entendimentos quanto ao resultado da contraposição das categorias do seguro a favor de terceiro e do seguro por conta, desde a defesa de uma total coincidência dos respectivos universos, que corresponderiam graficamente a dois círculos inteiramente sobrepostos, passando pelos que, pelo contrário, os representam como dois círculos tangentes, sem qualquer ponto de sobreposição, aos que vêem qualquer um deles como um subconjunto do outro, representando-os como dois círculos de diferentes dimensões, um integralmente contido no outro, e finalmente aos que neles reconhecem dois círculos secantes, parcialmente

2015 Cfr. o art. 182.º LCS. Cfr. *supra* n. 1998.

2016 Cfr. os arts. 196.º e 197.º LCS.

2017 Criado pelo DL n.º 384/2007, de 19 de Novembro.

2018 Nos países de expressão francesa, onde o nosso legislador terá colhido inspiração, também se vedou o recurso às apólices ao portador no domínio dos seguros de vida. Cfr. os arts. L.112-5 e L.132-6 CAfr. A proibição é total no art. 94 LCSbe (provavelmente, o preceito onde o nosso legislador mais directamente se inspirou). BINON, *Assurances de Personnes*, pp. 39-40 m. 22, observa que na base deste preceito estiveram considerações de ordem fiscal. FONTAINE, *Assurances*, p. 473, considera injustificada esta proibição.

2019 Cfr. *supra* n. 1672.

sobrepostos e parcialmente justapostos.²⁰²⁰ É esta última a posição em que me filio. Nesta secção, procuro rebater os argumentos em defesa dos restantes entendimentos, focando em particular, já na secção seguinte, a tese de que os seguros por conta seriam um subconjunto dos seguros a favor de terceiro, actualmente largamente maioritária na doutrina da especialidade, que confronto com a tese que proponho. Por fim, dou especial atenção ao papel desempenhado pelo interesse nos seguros por conta e nos seguros a favor de terceiro.

Vimos que são diferentes os traços distintivos de ambas as categorias: seguro por conta e seguro a favor de terceiro.²⁰²¹ Vimos que o contrato a favor de terceiro se define como o contrato em que as partes estipulam um efeito jurídico positivo de terceiro.²⁰²² Para que tenhamos um contrato a favor de terceiro é, pois, necessário – e suficiente – que, por efeito do contrato, um terceiro passe a ser sujeito de uma qualquer situação jurídica activa, ou continue a sê-lo, tendo-se a situação modificado em sentido positivo por efeito do contrato, ou deixe de ser sujeito de uma qualquer situação jurídica passiva, ou continue a sê-lo, tendo-se a situação modificado em sentido positivo por efeito do contrato, sem necessidade de aceitação, e sem com isso passar a ser parte no contrato. Apenas a primeira destas possibilidades – a aquisição da titularidade de uma qualquer situação jurídica activa – é relevante no contexto do contrato de seguro. Isto significa que, para delimitarmos o seu universo, deveremos centrar-nos no plano dos sujeitos dos efeitos contratuais directos.

Vimos ainda que nunca poderá qualificar-se um dado contrato como a favor de terceiro sem que essa conclusão seja o resultado de um processo interpretativo desse mesmo contrato.²⁰²³ Mas que isso não nos impede de concluirmos que, tipicamente, um dado contrato é a favor de terceiro: que entre os indícios de um dado tipo contratual, suas notas eventuais, se conta o ser a favor de terceiro. Dei como exemplo o contrato de seguro de vida em caso de morte em que é pessoa segura e segurado o próprio tomador. E que isso tão-pouco nos impede de encontrar tipos ou subtipos contratuais que, por

2020 Para uma exposição das várias posições adoptadas nesta matéria pelas doutrinas de expressão germânica até à primeira metade do séc. XX, veja-se ORLOWSKI, *VZD*, pp. 35-46.

2021 Vimo-lo, ao estudar em separado ambas as figuras, que agora me proponho comparar. Numa perspectiva de comparação, cfr., entre outros, FLATTET, *CCA*, pp. 1-4. O autor já alertava para a necessidade de distinção das figuras.

2022 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1315.

2023 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1357.

definição, sejam necessariamente a favor de terceiro, na medida em que faz parte desses tipos contratuais, como nota necessária, a produção de efeitos relativamente a um terceiro. Dei como exemplo o contrato de seguro-caução.

Dado este enquadramento da figura do contrato a favor de terceiro, entendo não ser de aceitar, pelo menos no nosso sistema, a argumentação de quem pretende confinar o seu âmbito de aplicação, no domínio do direito contratual dos seguros, aos seguros de capitais com designação beneficiária de um terceiro. É essa, como vimos, a posição maioritária na doutrina suíça, que no entanto se baseia nas características muito próprias que o «seguro a favor de terceiro» aparenta assumir no respectivo ordenamento jurídico.²⁰²⁴ Foi sem dúvida essa posição, em certa medida comum a alguma doutrina italiana, que esteve na base da designação «seguro a favor de terceiro» dada pela lei italiana ao seguro de vida com designação de um (terceiro) beneficiário.²⁰²⁵ Na Suíça e em Itália, o que se passa é apenas que as expressões equivalentes a «contrato a favor de terceiro» são usadas com um sentido diferente do que têm entre nós e que uso neste estudo.

Esta posição, que se reflecte na representação dos universos do seguro a favor de terceiro e do seguro por conta de outrem como dois círculos tangentes, sem qualquer ponto de sobreposição, não pode ser aceite. Decorre do enquadramento acima traçado da figura do contrato a favor de terceiro a conclusão de que um contrato de seguro deve qualificar-se como um contrato a favor de terceiro em todos os casos em que a um terceiro se confira, pelo contrato, a titularidade directa de uma situação jurídica activa. Esta situação jurídica activa pode corresponder ao direito de exigir a prestação do segurador, em caso de sinistro, quer esse direito seja ou não acompanhado da titularidade da cobertura, ou seja, quer seja conferido ao segurado ou a outros terceiros, designadamente a um simples beneficiário do contrato ou mesmo a um terceiro lesado. Pode ainda corresponder, simplesmente, ao direito potestativo de designar o beneficiário do seguro, ou ainda ao direito de invocar uma renúncia ao direito de sub-rogação do segurador. Isto significa

2024 Cfr. *supra* n. 1968.

2025 Este «seguro a favor de terceiro» encontra-se regulado nos arts. 1920-1923 CCit. Cfr. PURCARO, *Ass. Per Conto*, pp. 2 e 9-10, para a contraposição entre as três categorias negociais individualizadas na lei italiana como desvios ao princípio da relatividade dos contratos: o «seguro em nome de outrem» (art. 1890 CCit), o «seguro por conta de outrem ou por conta de quem pertencer» (art. 1891 CCit) e o «seguro a favor de terceiro» (art. 1920 CCit).

que, para além de serem a favor de terceiro os seguros em que o beneficiário é um terceiro, também o são os seguros em que a um terceiro-segurado se conferem direitos, ou outras situações jurídicas activas, permitindo-lhe arrogar-se a qualidade de senhor da cobertura, bem como os seguros em que a titularidade de direitos ou de outras situações jurídicas activas é conferida a outros terceiros, que não se qualifiquem como segurados ou como beneficiários. Em suma, são a favor de terceiro todos os seguros de cujos termos possa fazer-se valer um qualquer terceiro, em virtude de estipulação contratual nesse sentido.²⁰²⁶

Diga-se, de passagem, que este raciocínio nos conduz igualmente à conclusão pela insustentabilidade da posição oposta, de quem identifica plenamente, no domínio dos seguros, os universos dos seguros por conta e dos seguros a favor de terceiro.²⁰²⁷ Bem se vê que haverá necessariamente seguros a favor de terceiro que não são seguros por conta, a começar pelo caso paradigmático do seguro de vida própria com designação beneficiária de um terceiro. Centremo-nos na posição, apesar de tudo mais popular, dos dois círculos tangentes. Vejamos a análise proposta por alguma doutrina italiana, que sustenta serem *reciprocamente incompatíveis* os regimes do seguro por conta (art. 1891 CCit) e do seguro a favor de terceiro (arts. 1920-1923 CCit).²⁰²⁸

«[P]erderam de vista a diferença substancial entre o agir por conta e o agir a favor, que impõe a classificação dos dois fenómenos em categorias jurídicas claramente distintas. Em ambos os casos se procura realizar um interesse de terceiro. Mas quem age por conta pretende realizar o interesse do terceiro a expensas deste último; quem age a favor pretende realizar o interesse do terceiro a expensas próprias.»²⁰²⁹

Este entendimento não é de seguir no último ponto: o agir a favor nada nos diz quanto à questão de saber quem irá suportar os custos da actuação. Já a ideia do agir por conta

2026 Sem prejuízo dos direitos de terceiros que não lhes são conferidos por estipulação contratual, como os de acção directa, de acção em sub-rogação, de penhora do crédito, etc.

2027 Parece ser esse o entendimento de ESSER/WEYERS, *Schuldrecht II-I*, p. 386, bem como o de alguma doutrina suíça mais antiga, citada em ORLOWSKI, *VZD*, p. 38 n. 5.

2028 Em Itália, veja-se FANELLI, *Assicurazioni*, pp. 415-451, cuja obra é a principal fonte da exposição que se segue. Embora não o dissesse expressamente, o autor parecia qualificar o terceiro lesado nos seguros de danos como segurado, com o que não posso concordar. Cfr. ainda, no mesmo sentido, mas com argumentos distintos, FERRI, *Assicurazione per Conto*, pp. 375-384.

2029 FERRI, *Assicurazione per Conto*, p. 376.

subjacente ao trecho transcrito suporta-se numa disposição de direito italiano sem paralelo nos restantes ordenamentos observados, acima já referida, que confere ao tomador o direito de reembolso do prémio, atribuindo-lhe mesmo um privilégio sobre a indemnização de seguro para reembolso dos prémios pagos.²⁰³⁰

Em todo o caso, a asserção de que seriam reciprocamente incompatíveis os regimes do seguro por conta e do seguro a favor de terceiro funda-se ainda, e principalmente, no princípio indemnizatório. O regime da actuação por conta – da gestão em nome próprio de interesses alheios com transferência mediata do resultado da actuação para o respectivo titular – esbarraria neste princípio, que exige que, nos seguros de danos, seja o segurado a beneficiar da protecção do seguro e a receber a indemnização. Nos seguros de danos, não poderiam as partes estipular um benefício a favor de um qualquer terceiro, mas apenas a favor do titular do interesse seguro – o segurado. Esta limitação afastaria os seguros por conta, irremediavelmente, do domínio dos contratos a favor de terceiro, na medida em que seria directamente a ordem jurídica, e não o estipulante, a determinar quem teria direito ao benefício.²⁰³¹ Ao que acresceria, para esta doutrina, que o segurado, ainda que formalmente um terceiro, por não ser parte no contrato, não seria

2030 Cfr. art. 1891 CCit. Cfr. *supra* n. 1969 (e o texto junto a essa nota). FERRI, *Assicurazione per Conto*, pp. 378-380, partia deste privilégio, bem como da atribuição de relevância ao conhecimento da inexactidão das declarações ou reticências do tomador pelo segurado (cfr. art. 1894 CCit), para qualificar o contrato de seguro por conta – como, genericamente, de todo o agir em nome próprio mas por conta alheia – como um caso de substituição indirecta (regulada nos arts. 2762 e 1391 CCit). A sua posição baseava-se numa compreensão não inteiramente rigorosa da figura do contrato a favor de terceiro, e na desconsideração da circunstância de a actuação por conta dizer respeito, de uma forma geral, a uma relação contratual distinta da que ocorre entre as partes no seguro por conta de outrem. Na senda de FERRI, cfr. LA TORRE, *Chiarimento*, p. 901, negando que o regime do contrato a favor de terceiro possa aplicar-se aos seguros por conta. Em Portugal, cfr. GUERRA DA MOTA, *Seguro Terrestre*, pp. 509-519. Cfr. a crítica de SCALEI, *Assicurazione*, p. 350 (*infra* n. 2046). É certo que o conhecimento e comportamento do segurado podem ser tão relevantes como os do tomador. Notara-o, designadamente, ASMUS, *Rechte Dritter*, p. 57, a propósito do seguro de acidentes pessoais por conta de outrem (cfr. o § 79 I *ex vi* § 179 II VVG). Mas trata-se de uma imposição de ónus, perfeitamente consentânea com a figura do contrato a favor de terceiro. O autor sustenta que alguns ónus pertencem mesmo em exclusivo ao segurado e não ao tomador. Também o sublinhara LENNÉ, *VFR*, pp. 35 e 107-120, ao analisar os diversos modos como o terceiro-segurado pode interferir no contrato.

2031 Em sentido muito próximo, embora sem rejeitar a qualificação do seguro por conta como um contrato a favor de terceiro, veja-se o suíço KOENIG, *Anspruchsberechtigung*, p. 239. O autor afirma que o terceiro-segurado não adquire o direito à indemnização do segurador por designação das partes, mas antes «por efeito da lei, com a ocorrência do sinistro, em virtude da sua posição de proprietário dos objectos seguros».

materialmente um terceiro, na medida em que a sua posição o traz para o seio da relação de seguro, de que se tornaria parte.²⁰³²

Esta característica diferenciaria os seguros por conta dos restantes contratos celebrados em nome próprio mas por conta de outrem.²⁰³³ Torná-lo-ia uma figura distinta, cuja necessidade, nos seguros, adviria da impossibilidade de actuação por conta sem reflexos no contrato celebrado por conta.

«Para ultrapassar este obstáculo sem perder a possibilidade de utilização do instrumento da gestão não representativa, tão útil e necessário no sector dos seguros, não havia outro caminho senão o de atribuir directamente ao titular do interesse, como efeito legal do acto praticado pelo substituto, a prestação do outro contraente.»²⁰³⁴

Parte-se da premissa, não inteiramente correcta, de que o princípio indemnizatório nunca vigoraria nos seguros de pessoas, mormente nos seguros de vida, para a conclusão de que não se justificaria a aplicação, a estes, do regime dos seguros por conta, cuja vocação restringem aos seguros de danos – aqueles em que não haveria liberdade para escolher um beneficiário. Não é de aceitar a posição destes autores, porque não retiram todas as consequências da distinção entre o princípio indemnizatório, cuja aplicabilidade delimita o universo dos seguros de danos, do que podemos chamar o princípio do interesse, comum a todos os seguros.²⁰³⁵ Com efeito, é neste último que radica a diferença entre os

2032 Neste sentido, LA TORRE, *Chiaramento*, p. 901. Cfr. ainda MESSINEO, *Per Conto di Chi Spetta*, p. 78 (texto e n. 3). O autor sustentava que o segurado já não seria um terceiro, sendo antes parte em sentido substancial. Retirava esta conclusão do disposto nos arts. 1891, 1893 e 1894 CCit. Acrescenta, em *Rapporti col Terzo*, p. 196, que terceiro, pela negativa, seria «quem não é parte no contrato, nem em sentido substancial, nem em sentido formal». Seria parte, pela afirmativa, «quem, não somente concorre para dar vida ao contrato mas, ao mesmo tempo, tem um interesse próprio sobre os seus efeitos». Em França, LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 164, parece aproximar-se destes autores, dado que, quando fala em terceiros, não é aos terceiros segurados de um seguro por conta que normalmente se refere. Afirma que o terceiro beneficiário da estipulação para terceiro em que se traduz o seguro por conta «está integrado no contrato de seguro porque tem a *qualidade pessoal de segurado*». Cfr. ainda, neste sentido, o belga FONTAINE, *Assurances*, p. 152.

2033 Cfr. o art. 1705 CCit (mandato sem representação). Entre nós, cfr. o art. 1180.º CC. Esta posição baseia-se, em alguns pontos, no que atrás disse sobre a circunstância de, numa compra e venda, ser em princípio indiferente a uma parte saber se a outra parte actua por conta própria ou de terceiro. Cfr. *supra* o texto junto à n. 1920.

2034 FANELLI, *Assicurazioni*, p. 437.

2035 Para a refutação de que o princípio indemnizatório se aplique somente aos seguros de bens não pessoais e a todos eles, por contraposição aos seguros de pessoas, onde não se aplicaria, e para a defesa de que o interesse é nota necessária em todos os contratos de seguro, cfr. *supra* o texto a partir das nn. 478 e 604.

contratos de seguro e os demais, é por causa deste último que existe a figura do segurado, cuja presença é fundamental à totalidade dos contratos de seguro e não somente aos seguros e danos. Não há seguro sem segurado. E este, para o ser válida e eficazmente, tem de ser o titular do interesse seguro.

A isto acresce que uma análise mais cuidada das várias possibilidades ao dispor do tomador nos conduz à conclusão de que, mesmo no domínio dos seguros de danos, o regime normal da actuação por conta, aliás comum aos restantes domínios do direito privado, no que respeita às relações internas entre agente e *dominus*, não esbarraria, nem com o princípio indemnizatório, nem, mais amplamente, com o princípio do interesse. Quem assim o entende esquece que em preceito algum do nosso sistema, ou do sistema italiano, se exige a concessão, ao terceiro-segurado, de uma pretensão contra o segurador que lhe permita exigir o pagamento da indemnização, podendo a faculdade de exigibilidade ficar apenas com o tomador, desde que este só possa exigir ao segurador *que preste ao segurado*, e não a si próprio.²⁰³⁶ Por outras palavras, a proibição do enriquecimento em nada afecta a titularidade da pretensão, e a correspondente qualidade de credor da relação obrigacional, limitando-se a vedar, nos casos em que tenha aplicação, que a indemnização tenha como destino um património que não seja o do segurado.²⁰³⁷ O tomador que não é segurado só não pode exigir para si próprio o montante da indemnização. No entanto, como pode exigir que o pagamento seja feito a terceiro, não há qualquer necessidade lógica de se reconhecer ao terceiro-segurado um direito próprio a exigir a prestação do segurador. Como se disse acima, o conceito de direito de crédito não pressupõe que a prestação deva ser «recebida» pelo credor – que seja o credor o destinatário da prestação.²⁰³⁸ Veremos já em seguida que há ainda uma possibilidade intermédia, adoptada na lei alemã.²⁰³⁹ Neste momento, a principal conclusão a retirar é a de que, nos seguros por conta, a estipulação de efeitos de terceiro – do terceiro segurado – é ainda uma opção ao dispor das partes, não resultando directamente da lei que tais efeitos devam atribuir-se ao terceiro-segurado. Se as partes o fizerem, este deverá

2036 Vimos já que a desconsideração deste aspecto dera azo a alguns problemas, sobretudo em França. Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1803.

2037 Esta afirmação deve entender-se como abrangendo os seguros de património, ou seja, os seguros em que a indemnização do segurador entra no património de outrem que não o segurado, mas a título preventivo, para evitar um desembolso equivalente por parte do segurado.

2038 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1414.

2039 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2073.

qualificar-se como um terceiro beneficiário, aplicando-se ao contrato, quer as disposições reguladoras dos seguros por conta, quer o regime do contrato a favor de terceiro.²⁰⁴⁰

A desconsideração desta distinção não é um exclusivo da doutrina italiana, tendo levado, muito mais generalizadamente, à asserção tradicional – sufragada ainda por alguma doutrina contemporânea – de que o tomador é o titular dos deveres estipulados no contrato de seguro mas é o segurado o titular dos direitos deste decorrentes.²⁰⁴¹ Parte-se do dogma de que só ao interessado – o sujeito do risco – poderão conferir-se quaisquer direitos contratuais:

«Por regra, cada seguro (...) só deve aproveitar ao interessado: a aplicação rigorosa deste princípio é necessária para proteger, quer o segurador, quer o bem comum, contra os efeitos nocivos dos chamados seguros-apostas (*Wettversicherungen*). De onde se retira a regra absoluta, inafastável por vontade das partes, segundo a qual de um contrato de seguro celebrado por um intermediário nunca podem resultar direitos para outrem que não o segurado.»²⁰⁴²

Do que alguns retiram a seguinte conclusão:

«A doutrina dominante distingue claramente entre o representante directo, em sentido próprio, e o representante indirecto, ou comissário. (...) O chamado seguro por conta de outrem não é mais do que a seguinte construção intermédia: quem celebra um seguro por conta de outrem actua exclusivamente no interesse de outrem, em parte com os efeitos de um representante, em parte com os efeitos de um comissário. Formulando sumariamente a questão principal: Para fazer valer os direitos contratuais, o tomador é representante; para cumprir os deveres contratuais, o tomador é comissário. Por seu lado, o interessado (o segurado) é sempre, ele próprio, parte no contrato, para fazer valer os

2040 Cfr. LENNÉ, *VFR*, p. 52.

2041 Cfr. o art. 48.º/2 e 3 LCS. Estes preceitos não enveredam, contudo, pelo caminho menos feliz de pretender que seria essa a única hipótese, por necessidade lógica, ao abrir portas, em ambos os casos, à disposição das partes em sentido distinto.

2042 EHRENBURG, *VR I* (1893), p. 190: Cfr. ainda, no mesmo sentido, o seu *VFR*, p. 426. Cito um autor do séc. XIX, mas falo no presente porque me refiro também à doutrina que, na sua senda, ainda hoje assim pensa. Cfr. infra o texto a partir da n. 2073.

direitos contratuais; para o cumprimento dos deveres, pelo contrário, não o é de todo, ou só o é a título acessório e excepcional.»²⁰⁴³

A desconsideração da possibilidade de se ser titular de um direito de crédito a uma prestação que não irá receber-se de todo, ou que irá ser recebida – e adquirida – por terceiro, tem constituído um obstáculo de monta ao reconhecimento de que o estipulante de um contrato a favor de terceiro, e em particular o tomador de um seguro por conta, pode ser titular de um direito de crédito em nada inferior, dogmaticamente, ao direito de crédito do terceiro beneficiário, e em particular do segurado. Filia-se na desconsideração de um outro aspecto da dogmática do direito contratual dos seguros, a que acima se aludiu, e que diz respeito à circunstância de o direito de crédito do segurado de um seguro de responsabilidade civil poder consistir «apenas» – e consistir normalmente «apenas» – num direito de exoneração, com um pagamento a terceiro, não tendo de passar pela recepção e aquisição, ainda que temporária, dos montantes pagos.²⁰⁴⁴

O entendimento, acima delineado, de que o seguro por conta não seria a favor de terceiro, essencialmente porque o segurado seria «menos terceiro» do que um terceiro beneficiário, que se afastou, não é sufragado pela maioria da doutrina italiana. Numa primeira leitura, esta parece distinguir o seguro por conta de terceiro e o seguro a favor de terceiro nos mesmos moldes da doutrina suíça, ou seja, fazendo-os corresponder a dois universos paralelos, contidos em círculos meramente tangentes. Mas a verdade é que distinguem: (i) a categoria geral do contrato a favor de terceiro; e (ii) o que chamam o «seguro a favor de terceiro em sentido técnico». Este último abrange somente o seguro de vida (directamente) e (analogicamente) os restantes seguros de pessoas com designação beneficiária de um terceiro.²⁰⁴⁵ Não obstante a designação porventura enganadora desta subespécie de seguro, a doutrina italiana reinante não nega que ao seguro por conta de outrem possa caber o qualificativo de contrato a favor de terceiro.²⁰⁴⁶ Muito pelo

2043 EHRENBURG, *VFR*, pp. 422-423. Note-se que este texto é anterior à redacção da VVG. Mais à frente, o autor afirmava ainda que o titular do direito indemnização era necessariamente o interessado: o segurado. Só este deveria poder fazer valer contra o segurador a pretensão à indemnização. A lei viria mais tarde a seguir um caminho intermédio. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2073.

2044 A qualificação do direito do segurado de um seguro de responsabilidade civil, por via de regra, como um direito de exoneração é hoje pacífica no direito alemão. Cfr. VOIT/KNAPPMANN em PRÖLSS/MARTIN, VVG, § 149 p. 815 mm. 2-3.

2045 E encontra regulação própria nos arts. 1920-1923 CCit (de onde retira a sua designação).

2046 SCALFI, *Assicurazione*, p. 350, esclarecia, contrariando FERRI (*supra* n. 2028), que quem qualifica o seguro por conta como um contrato a favor de terceiro não nega que o tomador aja como interpоста

contrário, adopta-se maioritariamente o entendimento de que o universo dos seguros a favor de terceiro, no sentido em que utilizo a expressão, e não no sentido «técnico» que a expressão assume no ordenamento italiano, é *mais amplo* do que o universo dos seguros por conta de outrem, contendo-se o segundo, mais pequeno, *integralmente* no primeiro, maior. Esta posição parece ser também, actualmente, a mais representativa na doutrina continental.²⁰⁴⁷

7.3.2. Defesa da tese dos círculos secantes

«Note-se, por fim, que devem distinguir-se claramente os conceitos "por conta de outrem" e "a favor de terceiro". O seguro por conta de outrem corresponde, na perspectiva adoptada, a um contrato a favor de terceiro (...), mas nem todos os seguros celebrados como contratos a favor de terceiro são também seguros por conta de outrem. O tomador também pode segurar o seu próprio interesse atribuindo um direito a um terceiro, mediante um *alteri stipulari*, obrigando-se o segurador a pagar o capital

peessoa, sendo errónea a afirmação de que a interposta pessoa deva adquirir os efeitos do contrato para depois os transmitir ao interessado. Acrescentava que também um comissário pode estipular um contrato a favor do comitente. Neste sentido, cfr. ainda DONATI, *Trattato II*, pp. 49, 65-66, 80-84, 96-97 e 102-103; e CASTELLANO, *Ass. Per Conto*, pp. 564-573. Mais recentemente, cfr. PURCARO, *Ass. Per Conto*, pp. 25-61; DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 130-133; e ANGELONI, *CFT*, pp. 314-315.

2047 Neste sentido apontava, até há pouco, a lei alemã – não já assim o VVG 2008. Para as referências doutrinárias sobre o direito alemão, cfr. *infra* n. 2075. Em Portugal, cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 56-64; e *Seguros por Conta*, pp. 155-162. Igualmente claro era o *Anteprojecto* de MENEZES CORDEIRO (art. 19.º). Neste se dispunha que, «[a]o segurado ou beneficiário do seguro, quando não seja o próprio tomador do seguro, aplica-se o regime do contrato a favor de terceiro». O preceito não tem correspondência na LCS. Na lei belga, parece apontar-se mais directamente para uma definição do seguro a favor de terceiro que incluía no seu seio, entre outras, a figura do seguro por conta de outrem. Cfr. os arts. 22-23 (estipulação para terceiro) e 38 (seguro por conta). A primeira figura aparece na parte geral (disposições comuns a todos os contratos). A segunda na secção relativa aos seguros de danos. Note-se que em ambos a lei reconhece a autonomia privada das partes. Cfr. ainda o art. 106 (designação de um beneficiário nos seguros de vida). Cfr. FONTAINE, *Assurances*, pp. 74-75. Em França, também parece ser esta a posição generalizada na doutrina. Já MONTCHARMONT, *Assurance pour Compte* (1931), pp. 46-73, *maxime* pp. 57 e 73, entendia que o seguro por conta tinha sempre a natureza de uma estipulação para terceiro, acrescentando que este não era o único exemplo de uma estipulação para terceiro no direito dos seguros. Contudo, posição simétrica era adoptada por FLATTET, *CCA*, p. 5, para quem a actuação por conta seria o género de que eram espécies a representação e a estipulação para terceiro. Cfr. ainda pp. 15-16 e 19-20. O autor atribui à expressão «actuação por conta» um significado próximo, embora ainda mais amplo, do que o da *agency* anglo-americana: haveria actuação por conta sempre que a celebração de um contrato fizesse nascer um direito na esfera de quem não o tivesse pessoalmente celebrado. Mas esta posição não tem actualmente seguidores, sendo hoje relativamente pacífico que não é esse o significado jurídico preciso da expressão «seguro por conta». Sobre o instituto jurídico anglo-americano da *agency*, veja-se, por todos, o *Agency* de BOWSTEAD/REYNOLDS. Entre nós, cfr. MARIA HELENA BRITO, *Representação*, pp. 72-73 e 229-259.

seguro directamente a esse terceiro, *v.g.* um credor do tomador. Neste caso, é o interesse do tomador que constitui a base da relação de seguro. Trata-se, portanto, de um seguro por conta própria celebrado como contrato a favor de terceiro.»²⁰⁴⁸

Analiseemos mais em detalhe este entendimento à luz das conclusões anteriores acerca do seguro por conta. Vimos que a actuação (em nome próprio mas) por conta de terceiro pode definir-se como a actuação juridicamente relevante com o intuito fazer chegar a outrem os seus efeitos económicos..²⁰⁴⁹ Vimos que o seguro por conta corresponde, não ao contrato que define a relação entre o sujeito que actua por conta e o sujeito por conta de quem se actua, mas antes ao contrato celebrado em resultado dessa actuação por conta.²⁰⁵⁰ E que o que o distingue dos demais contratos celebrados por conta, para cujo regime não é especialmente relevante terem sido celebrados em resultado de uma actuação por conta, é a figura do segurado. Por conseguinte, podemos definir o seguro por conta como aquele em que há, ou se admite que haja, pelo menos um terceiro-segurado.²⁰⁵¹ O que significa que o que releva, no domínio do direito contratual dos seguros, não é tanto a actuação por conta propriamente dita, mas antes a actuação por conta que transpareça no contrato de seguro permitindo a identificação de um terceiro, determinado ou indeterminado, como segurado.²⁰⁵² Para a determinação da qualidade de segurado, e, logo, para a resposta à questão de saber se o contrato foi celebrado por conta própria ou alheia, só relevam os efeitos que demonstram que o terceiro se torna, de algum modo, senhor da cobertura.²⁰⁵³

Concluimos ainda, como há pouco recordámos, que os contratos a favor de terceiro, como quaisquer outros contratos, podem celebrar-se por conta própria ou por conta de outrem, pelo que nem todos os seguros a favor de terceiro serão, simultaneamente, seguros por conta de outrem. Designadamente, caberão no universo dos primeiros, quer

2048 LENNÉ, *VFR* (1911), pp. 9-10. Cito um autor antigo, que no entanto continua a ser representativo da posição ainda hoje maioritária, como pode verificar-se nas páginas seguintes desta secção.

2049 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1900.

2050 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1916.

2051 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1921. Digo que há, ou se admite que haja, um segurado distinto da pessoa do tomador para incluir, nos seguros por conta, quer os por conta de outrem, quer os por conta de quem pertencer.

2052 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1933. Significa isto que importa afastar, do domínio do seguro por conta de outrem, o seguro por conta própria de interesses alheios – de interesses alheios como próprios.

2053 Cfr. *supra* o texto anterior à n. 1941.

os seguros em que se repercutem efeitos directamente na esfera de um terceiro-segurado, quer ainda os seguros em que se repercutem efeitos directamente na esfera de um beneficiário, ou de outro qualquer terceiro, enquanto só caberão no universo dos segundos os seguros em que existe um terceiro-segurado. A questão mais duvidosa é a de saber se todos os seguros por conta de outrem serão, necessariamente, seguros a favor de terceiro.

Sabemos que é essa a posição maioritária da doutrina continental.²⁰⁵⁴ No entanto, distancio-me desse entendimento, pelo menos se quiser um máximo de rigor teórico. Se os há ou não na prática, essa é outra questão, que com esta não se confunde, pois se prende ainda com a verificação empírica da sua efectiva celebração. Entendo que os respectivos universos não correspondem, nem a dois círculos concêntricos integralmente sobrepostos, nem a dois círculos de dimensões distintas, o mais pequeno integralmente sobreposto no maior, mas antes a dois círculos secantes, cada um com um domínio comum ao outro e um domínio que só a si pertence. Temos assim três domínios distintos: (i) o domínio dos seguros a favor de terceiro celebrados por conta própria; (ii) o domínio dos seguros a favor de terceiro celebrados por conta de outrem; (iii) o domínio dos seguros por conta de outrem que não são a favor do terceiro por conta de quem são celebrados.

Na medida em que a actuação por conta admite: (i) a repercussão directa e imediata dos efeitos jurídicos do contrato na esfera do *dominus*; (ii) a transmissão subsequente dos efeitos jurídicos do contrato para a esfera do *dominus*; e (iii) a mera repercussão do resultado económico do contrato na esfera do *dominus*, bem se vê que, pelo menos em abstracto, nem toda a actuação por conta dará azo a um contrato a favor de terceiro. A menos que o contrário resulte de estipulação das partes admitida pelo sistema, a força normativa do contrato apenas afecta as partes, e nem sempre o recurso à figura do contrato a favor de terceiro será o meio mais idóneo para satisfazer o interesse do *dominus*.²⁰⁵⁵ Por conseguinte, só por imposição legal – que nalguns ordenamentos existe – seríamos forçados a concluir que os seguros por conta corresponderiam, necessariamente, a seguros a favor de terceiro. Para este efeito, há que retomar a

2054 Cfr. *supra* n. 2047 e *infra* n. 2075.

2055 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1932.

argumentação exposta há pouco, em refutação de uma outra tese.²⁰⁵⁶ A questão fundamental a responder, nesta matéria, é a seguinte:

«Menos claro é que pessoa pode designar-se como segurado. É segurado quem estiver sob a ameaça do risco seguro, quem puder fazer valer uma pretensão contra o segurador em caso de ocorrência do evento receado ou, finalmente, quem reunir em si ambas as coisas?»²⁰⁵⁷

O que define o seguro por conta, vimo-lo, é a circunstância de o segurado, ou pelo menos um segurado, ser, ou poder vir a ser, um terceiro. Em abstracto, pode ocupar-se a posição de segurado sem se ser o titular directo de qualquer situação jurídica activa criada pelo contrato, aspecto que normalmente não é suficientemente tido em conta pela jurisprudência e doutrina. Na ausência de restrições legais, facilmente se compreende que, das três modalidades a que acima me refiro, apenas na primeira – repercussão directa e imediata dos efeitos jurídicos do contrato na esfera do *dominus* – a actuação por conta dará azo a um contrato a favor de terceiro.²⁰⁵⁸

Nada melhor, para demonstrá-lo, do que o recurso ao exemplo inglês. Note-se, antes de mais, que o direito inglês desconhece, conceptualmente, a distinção entre o seguro celebrado em nome e por conta do segurado – em representação – e o seguro celebrado em nome próprio mas por conta do segurado. Isto é assim no domínio dos seguros como em qualquer outro domínio. Ambos se reconduziriam, *grosso modo*, à *agency* – figura cujos limites se aproximam dos da nossa actuação por conta.²⁰⁵⁹ Em lugar da separação

2056 Cfr. *supra* o texto junto à n. 2036.

2057 IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 23. Segundo o autor, na lei suíça, por vezes o termo «segurado» referia-se ao sujeito sob a ameaça de um risco (*Gefahrperson*) e outras ao sujeito titular da pretensão (*Anspruchsberechtigten*). Por isso dizia ser preciso verificar, caso a caso, de que «segurado» se tratava. Notava ainda que se encontra a mesma falta de unidade quanto ao uso terminológico na doutrina alemã, austríaca e suíça (p. 23 n. 2). O autor entende que, nos seguros por conta de outrem, só seria verdadeiro segurado quem fosse, simultaneamente, sujeito protegido de um risco, e sujeito titular de uma pretensão contra o segurador.

2058 No nosso sistema, não existem tais restrições – não existem no regime actual como não existiam no regime anterior. Actualmente, cfr. o art. 48.º/2 e 3 LCS. Porventura por influência de além fronteiras, é comum sustentar-se que o seguro por conta é necessariamente um contrato a favor de terceiro, mesmo nos sistemas em que tal conclusão não decorre forçosamente da lei. Entre nós, para além da doutrina citada *supra* no final da n. 2047, vejam-se CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, pp. 518-520; e VASQUES, *Contrato de Seguro*, pp. 121-122 e 173.

2059 Veja-se, nesse sentido, as comparações de GLITZA, *VRWEA*, p. 11; e de BUSCH, *Indirect Representation*, p. 127. Sobre o instituto jurídico anglo-americano da *agency* veja-se, por todos, o *Agency* de BOWSTEAD/REYNOLDS. Entre nós, cfr. MARIA HELENA BRITO, *Representação*, pp. 72-73 e 229-259. Não obstante a aproximação à actuação por conta, a figura apresenta contornos muito próprios dos

conceptual entre a actuação em nome e por conta de outrem e a actuação em nome próprio mas por conta de outrem, distingue-se, nos direitos de matriz anglo-americana, entre o principal identificado e não identificado (*named* e *unnamed principal*) ou entre o principal revelado e não revelado (*disclosed* e *undisclosed principal*). No primeiro caso, distingue-se consoante a identidade do principal é conhecida ou desconhecida da contraparte. No segundo, não se trata somente da identidade mas também da própria existência de um principal, que pode ser desconhecida da contraparte, convencida de estar a contratar com o agente, actuando por sua própria conta. A relação entre o agente e o principal, ainda que desconhecida da contraparte do agente, traz de certa forma o principal para dentro do círculo contratual, criando uma relação jurídica entre o principal e a contraparte do agente. Trata-se de um importante desvio à *doctrine of privity of contract*.²⁰⁶⁰ Outro é representado pela amplitude com que pode recorrer-se, nestes casos, à figura do *trust*.²⁰⁶¹ O direito inglês apresenta uma maior abertura à possibilidade de trazer um terceiro para dentro do círculo contratual – em rigor, o principal *não é um terceiro* em face do contrato, nos mesmos termos em que aquele por conta de quem se age é para nós um terceiro.²⁰⁶²

É ainda importante ter em consideração a ausência, nos sistemas de direito anglo-americano, de uma separação conceptual muito nítida entre as figuras do tomador, do segurado e do beneficiário, pelo menos em termos idênticos ou minimamente equivalentes aos nossos. O interesse que, também no direito inglês, era até muito

sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, a começar pela natureza fiduciária da relação entre o agente e o principal.

2060 REYNOLDS em BOWSTEAD/REYNOLDS, *Agency*, pp. 10-13 mm. 1-020 e 1-021 e pp. 375-377 m. 8-073, sustenta que estas distinções são diferentes da distinção continental entre a representação directa (actuação em nome e por conta de outrem) e indirecta (actuação em nome próprio mas por conta de outrem). Esta última corresponderia, quando muito, a uma *incomplete agency*, na medida em que produziria efeitos unicamente na relação entre o agente e o principal.

2061 Cfr. MERKIN, *Colinvaux*, p. 90. A regra geral de que os terceiros não podem fazer valer os termos de um contrato é também afastada se aqueles demonstrarem que o tomador actuou como seu fiduciário (*trustee*). Cfr. ainda CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 171-177; e LOWRY/RAWLINGS, *Doctrines & Principles*, pp. 168 e 178-180. Este mecanismo é muito usado, designadamente, no domínio dos seguros de grupo.

2062 Cfr. MERKIN, *Colinvaux*, p. 91. O autor observa que o direito inglês reconhece a regra, que qualifica como anómala, de que, quando um agente celebra um contrato apresentando-se como contraente por sua própria conta, mas actua na verdade por conta de outrem, o principal pode declarar-se parte no contrato, em qualquer momento da sua vigência. O seu agente nem por isso deixa de ser parte no contrato. A principal limitação a esta regra diz respeito aos contratos que o agente não tinha poderes para celebrar, de que o principal não pode tornar-se parte. A este propósito, cfr. *Keighley Maxsted & Co v Durant* (1901). A aplicação deste regime ao contrato de seguro tem, no entanto, alguns limites, designadamente quando a identidade do segurado seja um elemento essencial do contrato.

recentemente requisito de validade de todo o contrato de seguro, parece dever recair, em todos os casos, na pessoa do «titular do seguro» (*policyholder*).²⁰⁶³ No momento da celebração, este coincidirá, em princípio, com o nosso tomador.²⁰⁶⁴ A partir daí esbatem-se as diferenças entre as figuras, dada a generosidade com que se recorre, neste domínio, à figura da cessão da posição de titular do seguro (*assignment*).²⁰⁶⁵ Consoante os casos, o cessionário pode corresponder ao que designaríamos tomador, segurado, ou beneficiário.

2063 Sobre o requisito do interesse de seguro no direito inglês, cfr. *supra* o texto a partir da n. 419. Para além do termo *policyholder* encontra-se também, nalguns escritos americanos, a expressão «proprietário do seguro» (*policy owner*). Cfr. BURKE, *Designation*, pp. 6-9 e 19-21. O autor observa que, num seguro de vida, se o contraente, sendo também pessoa segura, reserva para si próprio o direito de revogar o benefício, então considera-se que é ele o «proprietário do seguro». A regra supletiva é a de que esse direito de revogação não existe. Sempre que o contraente se reserva o direito de revogação, é ele o «proprietário do seguro». Se não reserva, partilha essa qualidade com o beneficiário. Mas há casos em que decorre do contrato que o beneficiário é o único «proprietário do seguro». Desde o início, ou mediante uma transferência da posição contratual celebrada no momento seguinte ao da contratação. É o dono que pode pedir o resgate, ou pedir adiantamentos sobre o seguro, ou designar novo beneficiário, ou ceder a sua posição a terceiro. Nos contratos de seguro de vida celebrados sobre a vida do contraente, dispensa-se o requisito do interesse do beneficiário. Pelo contrário, nos contratos de seguro de vida celebrados sobre a vida de terceiro, exige-se que o benefício seja atribuído à pessoa segura ou seus representantes pessoais, ou a quem tenha um *insurable interest* na pessoa segura à data de celebração do contrato. Neste sentido, veja-se, mais recentemente, as norte-americanas CRAWFORD, *LHIL*, p. 210; e MCGANN, *LHIL*, p. 198. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 317, que observam que, em todas as classes de seguros, o termo *insured* se refere à pessoa cujo dano cria na esfera do segurador o dever de pagar a indemnização – ou seja o nosso segurado – salvo nos seguros de vida, em que o *insured* corresponde antes à nossa pessoa segura (também chamada *cestui que vie*). Notam que, no primeiro caso, o segurado é quase sempre o próprio contraente, mas que, nos seguros de vida, o contraente se chama *owner of the policy*. Cfr. ainda pp. 293-294. Os autores apontam que, na generalidade mas não em todos os Estados dos EUA, quando um seguro de vida incide sobre a vida do próprio contraente, não se exige um interesse de seguro ao beneficiário designado. A excepção parece ser o Estado do Texas. A isto acresce que, de um modo geral, verificando-se que o beneficiário de alguma modo encorajou o tomador a segurar a sua própria vida, ou que pagou os respectivos prémios, nesse caso já parece exigir-se um interesse ao beneficiário. Cfr. as violentas críticas a esta exigência em *Beneficiary* (anón.), pp. 662-663.

2064 CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, p. 129, dizem que, de acordo com o direito inglês, deve exigir-se que tenha interesse no seguro, sem dúvida, a quem o celebra, e ao cessionário de um seguro de coisas. A partir daí, surgem dúvidas quanto à aplicabilidade do requisito, designadamente, a todos aqueles que, não podendo fazer valer os termos do contrato, venham todavia a beneficiar indirectamente com o seguro. Cfr. ainda JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 278: «Em suma, o interesse de seguro é aquele interesse que a lei exige que o proprietário do contrato de seguro tenha, em relação à coisa ou pessoa segura.» Cfr., todavia, CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 112-115. Os autores partem da s. 1 e s. 2 do *Life Assurance Act* de 1774. Este diploma exigia um interesse de seguro da parte da «pessoa ou pessoas para cujo uso, benefício ou por conta de quem o seguro for celebrado», que deveriam ser nomeadas no contrato, para que este fosse válido (cfr. *supra* n. 423). Estas exigências criaram algumas dificuldades, levando alguns tribunais a questionarem-se sobre quem seria, em cada contrato de seguro, «o verdadeiro segurado» (*the true insured*). Aparentemente, a categoria abrangeria alguns dos nossos segurados e mesmo beneficiários, mas não outros. A fronteira não é, nem dogmática, nem pragmaticamente clara. Segundo o autores, parece destinar-se a apanhar na rede os casos em que A, com *insurable interest*, contrata um seguro de que irá beneficiar B, sem *insurable interest*, quando, não fora este requisito, o seguro seria desde logo

Bastam estas observações para uma ideia aproximada das profundas diferenças dogmáticas que se escondem sob a aparente proximidade destas figuras no direito continental e no direito anglo-americano. Os institutos da *agency*, do *trust* e do *assignment* permitiram, até certo ponto, tornar as restrições existentes nos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana em matéria de contratação a favor de terceiro. Contudo, a partir desse ponto, em particular no direito inglês, a actuação das partes encontrava-se fortemente limitada, até à recente intervenção legislativa, que veio abrir às partes, na

-
- celebrado por B. Mas não os casos em que A, com *insurable interest*, contrata genuinamente um seguro, ainda que com o mesmo pretenda, desde logo, beneficiar terceiros, por exemplo B.
- 2065 Cfr. LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, pp. 18-19 (§§ 3-49 a 3-54), onde se observa que a generosidade com que o direito inglês encara o instituto do *assignment* tem permitido, a quem dele quiser ou souber fazer uso, a inoculação do requisito do interesse de seguro nos seguros de capitais (*non-indemnity* ou *contingency insurance*). Com efeito, nestes o requisito só se aplica no momento da contratação, sendo o desaparecimento superveniente do interesse de seguro totalmente irrelevante. Para se compreender a razão de ser desta regra é necessário ter em conta que, neste sistema jurídico, quer o requisito do interesse de seguro, quer a cessão de posição, dizem respeito à figura genérica de «dono» ou «titular do seguro», não existindo uma separação nítida entre tomador, segurado e beneficiário. Sem esta restrição temporal, impedir-se-ia de uma assentada a compra e venda de seguros de vida, designadamente, no mercado de *traded endowment policies* (TEPS). Sobre este, cfr. *supra* n. 1672. Cfr. *Dalby v The India and London Life-Assurance Co.* (1854), onde pela primeira vez se estabeleceu que, nos seguros de capitais, o requisito do interesse exigido por lei só teria aplicação no momento da celebração do contrato, com o argumento de que a interpretação contrária seria «tão contrária à justiça e ao justo trato e honestidade comum, que nos parece que esta interpretação não pode retirar-se desta secção» (p. 476). Cfr. ainda o norte-americano DECHERT, *Assignments*, p. 33, para quem a exigência do interesse de seguro num momento posterior ao da contratação representaria uma ingerência demasiado violenta na transaccionabilidade das apólices. Nos EUA, essa posição resulta da opinião judicial do Juiz HOLMES, em *Grigsby v Russell* (1911), p. 156. Entende que a exigência não deveria admitir-se, dado que diminuiria significativamente a transmissibilidade da posição do titular do seguro, reduzindo o seu valor enquanto investimento. *Bussinger v Bank of Watertown* (1886), pp. 294-295: «[P]oderá haver alguma coisa de contrário à lei ou à ordem pública que impeça o pobre titular de um seguro de o vender ao melhor preço que consiga, e assim retirar algum benefício dos seus anteriores pagamentos? Pensamos que não.» KIMBALL, *Public Policy*, pp. 33-35, nota que nem todas as decisões dos tribunais norte-americanos vão nesse sentido. No Canadá, a regra varia consoante as províncias. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 73-79 e 88-89. A LAW COMMISSION, *Insurable Interest*, p. 30 (§ 4.13), acaba por concluir que «por via da cessão (*assignment*), sempre foi possível contornar os requisitos do Life Assurance Act 1774». Contra a limitação temporal do requisito do interesse de seguro, manifesta-se o canadiano BOIVIN. Note-se que, da leitura de JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 317-389, se depreende que o direito norte-americano reconhece a diferença entre uma cessão de crédito – presente, designadamente, no mecanismo a que chamam *loss payable clause* mas também nas designações beneficiárias – e uma cessão de posição contratual – que vêem como uma cessão – *assignment* – da posição de *owner of the policy*, que por vezes designam *assignment of the entire policy*. Nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, não há necessidade de restringir a aplicação do requisito do interesse ao momento contratação porque, ao contrário do que se passa no direito inglês, não o exigimos ao tomador, ou ao beneficiário, mas sempre – e unicamente – ao segurado. O que significa que a sua exigência em nada conflitua com a possibilidade de transmissão a outrem dos benefícios derivados do contrato, ou mesmo da posição contratual de tomador. Isto, está claro, nos contratos em que o tomador-segurado é, simultaneamente, a pessoa segura – que são os produtos comercializados nos acima referidos mercados. Nos demais casos, há que ter em conta a exigência do consentimento da pessoa segura. Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2146.

generalidade dos casos, a possibilidade de celebrarem contratos a favor de terceiro.²⁰⁶⁶ O que tem dado azo a algumas perplexidades.²⁰⁶⁷ Até à sua entrada em vigor, e mesmo desde então, dado que os hábitos jurídicos levam o seu tempo a mudar, para além das excepções à regra da impossibilidade de um terceiro fazer valer os termos de um contrato, um dos modos tradicionais de lidar com as necessidades práticas da vida passava pelo recurso à figura da liquidação do dano de terceiro.²⁰⁶⁸ Era o que se passava nos casos em que alguém segurava, em simultâneo, o seu próprio interesse e o interesse de um terceiro sobre uma determinada coisa (*insurance beyond one's interest*).²⁰⁶⁹

«A regra básica é que uma pessoa com um interesse de seguro pode segurar o seu próprio interesse ou o interesse de outros para além do seu.»²⁰⁷⁰

Nesses casos, era o tomador-segurado quem tinha o direito de exigir e receber, fiduciariamente, a totalidade da indemnização, para depois a entregar aos terceiros, seus

2066 Esta alteração teve lugar por obra do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. Cfr. *supra* n. 1361. Sobre a recente alteração em Inglaterra, cfr. STEVENS, *Act*, pp. 292-323 (muito crítico); YEO, *Third Party Rights*, pp. 34-53; HENLEY, *Insurance*, pp. 213-246; e CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 164-170.

2067 Cfr. MERKIN, *Colinvaux*, p. 78. O autor sustenta que a s. 3(4) do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 exige que ao terceiro beneficiário possam ser opostas todas as defesas que poderiam ser-lhe opostas caso fosse parte no contrato. Daqui o autor retira que irá aplicar-se ao terceiro beneficiário o requisito do interesse, bem como o princípio indemnizatório, a menos que o seu interesse lhe permita receber uma indemnização pelo dano de (outros) terceiros, a quem irá depois prestar contas. Em sentido não muito distante, cfr. HENLEY, *Insurance*, pp. 220-226. Os autores desconsideram que a oponibilidade das excepções ao terceiro possa significar que pode ser-lhe oposta, por exemplo, a falta de interesse do tomador, mas não que se crie uma nova excepção, consistente no novo requisito do interesse do próprio terceiro. STEVENS, *Act*, p. 319, por seu lado, sustenta que bastará em princípio o requisito do interesse da pessoa segura, dado que, existindo este, deixaria de haver o perigo de o contrato se transformar num jogo. Embora o autor não distinga as figuras do segurado e da pessoa segura, parece que o que pretende afirmar é que, sendo o segurado a própria pessoa segura, não haverá necessidade de ir buscar-se mais nenhum interesse, caso este o tenha. Estes são apenas alguns dos muitos exemplos que poderiam dar-se das novas questões desencadeadas pela entrada em vigor do *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. Note-se, todavia, que o requisito do interesse de seguro foi entretanto eliminado em todos os seguros de danos, parece que inadvertidamente, por efeito do *Gambling Act* de 2005. Cfr. *supra* o texto junto à n. 438.

2068 Cfr. UNBERATH, *Transferred Loss*, pp. 157-163. Cfr. ainda LOWRY/RAWLINGS, *Doctrines & Principles*, p. 168. Note-se que, desde a entrada em vigor do novo regime, tem sido prática comum entre os seguradores excluir expressamente nas condições gerais dos contratos de seguro a possibilidade de os terceiros fazerem valer os respectivos termos, o que diminui largamente o seu impacto nesta matéria (p. 175).

2069 A possibilidade estende-se ao Canadá. Cfr. BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 90-98. Cfr. os três requisitos em *Keefer and the Quebec Bank v The Phoenix Insurance Co. of Hartford* (1901), p. 148, citando como precedente (inglês) *Castellain v Preston* (1883). Este precedente é também referido por MERKIN, *Colinvaux*, p. 90 n. 93.

2070 MERKIN, *Colinvaux*, pp. 89-90. O autor dá o exemplo do co-arrendatário que segura por inteiro o local co-arrendado.

co-segurados.²⁰⁷¹ Não obstante as importantes diferenças entre o nosso sistema jurídico e os sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, este exemplo chega para mostrar como, em abstracto, pode ocupar-se a posição de segurado – de sujeito cujo risco se encontra coberto pelo seguro: que, nos seguros de danos, é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos, e que, nos seguros de capitais, é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários – sem se ser o titular directo de qualquer situação activa criada pelo contrato.²⁰⁷²

Se assim é em abstracto, em concreto, pode resultar da lei que ao segurado se reconheça sempre a titularidade dos direitos fundados no contrato. É esse o caso da lei alemã, que estabelece a regra de que, em todo o contrato de seguro por conta de outrem, os direitos fundados no contrato pertencem *necessariamente* ao segurado.²⁰⁷³ E, possivelmente, também o da lei francesa.²⁰⁷⁴ Centremo-nos, contudo, na primeira. Com semelhante base legal, a quase totalidade da doutrina alemã sustenta que o seguro por conta de outrem

2071 CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, p. 130, sublinham que pode segurar-se um bem por um valor superior ao do interesse de quem o segura, mas o excedente que venha a receber-se será detido fiduciariamente – em *trust* – pelos terceiros cujo dano representa. Cfr. ainda pp. 178-186. Cfr. também MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law*, pp. 76-77 (1-162). É o mecanismo denominado *commercial trust*. É controversa a sua natureza. Trata-se, no entanto, de regra muito semelhante à existente, entre nós, entre credores solidários – com a diferença de que, neste caso, há um único credor, com a faculdade de exigibilidade respeitante à totalidade da indemnização. Cfr. o art. 533.º CC. Cfr. ainda, sobre o direito canadiano, neste aspecto muito semelhante ao que era o inglês antes das reformas legislativas de 1999 e de 2005, BOIVIN, *Insurance Law*, pp. 320-336. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 378-379, referem-se a esta possibilidade, quando esta não resulta expressamente do contrato, sob a designação de *constructive trust approach*. Dão o exemplo de uma compra e venda em que apenas o vendedor tem seguro, tendo o sinistro ocorrido depois da transferência do risco para o comprador. Nesses casos, o segurador paga a indemnização ao vendedor, que a recebe a título fiduciário, constituindo-se na obrigação de a entregar ao comprador, na totalidade ou em parte, consoante for o caso. Esta solução não se aplica aos casos em que o comprador também se encontra coberto pelo seu próprio contrato de seguro.

2072 Sobre as fórmulas para a determinação do segurado, cfr. *supra* o texto junto à n. 1646.

2073 Cfr. o § 75 I 1 VVG: «No caso de um seguro por conta de outrem, os direitos que emanam do contrato pertencem ao segurado.» Quase idêntico é o texto do actual § 46 VVG 2008. Cfr. ainda, para os seguros marítimos, o § 812 III HGB. Há quem interprete este texto num sentido mais amplo, conferindo ao segurado mesmo todos os direitos fundados no contrato, incluindo os chamados direitos de formação (*Gestaltungsrechte*) (denúncia, resolução, redução do sobresseguro...). Neste sentido, EHRENZWEIG, *DÖVVR*, pp. 214 e 219. A posição maioritária vai, contudo, no sentido contrário, com o argumento de que tais direitos não se relacionariam com a posição do segurado mas antes com a totalidade da relação obrigacional. Cfr. KISCH, *Handbuch III*, p. 464; ou ERICH PRÖLSS, *VVG 1.ª*, § 75 p. 136 m. 2. Mais recentemente, cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 75 pp. 682-683 m. 5. Compare-se a rigidez do preceito alemão com a flexibilidade do nosso art. 48.º/3 LCS.

2074 Cfr. o L.112-1 CAfr. Segundo o preceito, o seguro por conta de outrem «aproveita à pessoa por conta de quem o seguro foi celebrado».

deve qualificar-se – sempre – como um contrato a favor de terceiro.²⁰⁷⁵ Com uma especialidade, que a doutrina costuma apontar, e que se traduziria na circunstância, legalmente imposta, de o tomador estipulante não ser titular de um direito próprio à prestação. A doutrina questiona-se se é esta a única forma de segurar interesses alheios, ou se seria possível celebrar um seguro em que todos os direitos e deveres permanecessem na titularidade do tomador.²⁰⁷⁶

A resposta a esta questão não é unânime. Não é analisada, a seu respeito, a possibilidade de se atribuir ao tomador um direito de crédito à prestação que não inclua a respectiva competência de aquisição – essa sim, necessariamente do segurado.²⁰⁷⁷ Em causa parece estar apenas, para os autores que sobre este assunto se pronunciam, o seguro por conta própria de interesses alheios. Alguma doutrina mais antiga parece conceder-lhe alguma margem.²⁰⁷⁸ Contudo, a doutrina reinante nega essa possibilidade, sustentando que só o

2075 Começando pelos mais antigos, cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 32-34, 52 e 124-125; e EHRENBURG, *PVR*, p. 19. Cfr. a posição mais cautelosa de RODIEK, *Versicherungsanspruch*, p. 10, ao afirmar que, se o segurado adquire imediatamente os direitos derivados do seguro por conta de outrem, sem necessidade de uma cessão por parte do tomador, diferentemente do que acontece com um comitente, então o seguro por conta de outrem é um contrato a favor de terceiro, no sentido do § 328 I BGB. Cfr. ainda FISCHER, *VFR*, pp. 16-17; EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 211; KISCH, *Handbuch III*, pp. 378-384; J. v. GIERKE, *VR I*, p. 122; e *VR II*, p. 195; HECK, *Grundriss*, p. 145; BRUCK, *PVR*, pp. 601 e 612; RICHTER, *Rechtsstellung*, pp. 16-17; ERICH PRÖLSS, *VVG 1.*, p. 136 § 75 m. 1; HAYMANN, *VFR*, p. 5; MÖLLER, *Anotação*, pp. 81-82; em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 111 m. 48; e em BRUCK/MÖLLER/SIEG, *VVG II*, «Vor §§ 49-80» p. 8 m. 9; KOENIG, *Anspruchsberechtigung*, pp. 238-239; TRAUTMANN, *Innenverhältnis*, p. 15; BÜHNEMANN, *Rechte Dritter*, p. 20; SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 54 (que chega a dizer que, nos seguros de danos, o seguro a favor de terceiro «se denomina» seguro por conta de outrem); DEUTSCH, *VVR*, p. 65; HOFMANN, *PVR*, p. 196; JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1171; KRAUSE, *Begriff*, pp. 23-24 e 39; ERICH PRÖLSS, *Stille Teilhabe*, p. 221; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 75 p. 682 m. 1; e BK/HÜBSCH, p. 1266 § 74 m. 5; e p. 1275 § 75 m. 1. E ainda: SCHWAN, *Anspruch*, pp. 27-31. ORLOWSKI, *VZD*, pp. 100-109; ANLI, *VFR*, pp. 16-21; e RUSCHER, *Besonderheiten*, pp. 31-32. Na jurisprudência, cfr. BGH 19.01.1967, p. 344. Posição minoritária é a de BAYER, *Einbeziehung*, p. 52, que entende que a figura do seguro por conta de outrem é, nalguns aspectos, paralela à do contrato a favor de terceiro, mas que noutros aspectos apresenta importantes diferenças relativamente a esta última. Cfr. ainda o seu *Vz Dritter*, pp. 169-171. O autor entende que só com algumas limitações poderá considerar-se que o seguro por conta de outrem é um contrato a favor de terceiro. Essencialmente, identifica os seguintes pontos de divergência: (i) o terceiro beneficiário tem, não apenas o direito, mas também o respectivo poder de disposição – o que não acontece com o segurado: § 76 I VVG; (ii) segurador e tomador podem recorrer ao mecanismo da compensação: § 76 II VVG; (iii) o conhecimento e o comportamento do segurado são relevantes da mesma forma que o são os do tomador: § 79 VVG.

2076 Cfr. CORRODI, *VFR*, p. 21.

2077 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2034.

2078 Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 18-29. Nestas páginas, o autor analisava a possibilidade de um desvio ao princípio da coincidência entre a pessoa do interessado e o titular dos direitos, constante dos § 75 I VVG e § 886 I HGB. Perguntava-se se a única forma de, nos seguros, um tomador actuar por conta de terceiro, seria a celebração de um contrato a favor desse terceiro, ou se poderia também reservar para si os direitos fundados no contrato e obrigar-se perante o terceiro a transferir o resultado do contrato para este último. Analisava a questão, essencialmente, na perspectiva da possibilidade de celebração de um seguro de interesses alheios como próprios. Cfr., em defesa dessa possibilidade,

titular do interesse seguro pode ocupar a posição de segurado, sem o que o seguro seria na verdade um jogo, e que a indemnização se destina a satisfazer uma necessidade do segurado, pelo que só pode ter direito à prestação do segurador o titular do interesse seguro.²⁰⁷⁹ Diz-se ainda que, mesmo que as partes não tenham especificamente contemplado a consagração de um direito a favor do terceiro, este adquiri-lo-á de imediato, por mero efeito do contrato. Ainda que as partes tenham estipulado o contrário.²⁰⁸⁰ Ou seja, no sistema alemão, *não há diferença prática entre o contrato celebrado a favor de terceiro e o contrato que a lei trata como se fosse a favor de terceiro.*²⁰⁸¹

Note-se, contudo – eis a principal especialidade do regime alemão, e o motivo por que o qualifico como um regime intermédio –, que, se a titularidade dos direitos é reconhecida ao segurado, já o seu exercício depende (i) da posse da apólice; ou (ii) do consentimento do tomador.²⁰⁸² A estas hipóteses, a jurisprudência e a doutrina mais recente acrescentam uma terceira: (iii) declaração ou comportamento concludente do tomador no sentido de que não vai fazer uso do seu direito de disposição.²⁰⁸³ A lei concede ao tomador de um seguro por conta de outrem: (i) um direito de retenção sobre a apólice; e (ii) um privilégio

EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 215.

2079 Neste sentido, EHRENBURG, *VJR* I, pp. 190-191; CORRODI, *VFR*, pp. 22-34; e MÖLLER em BRUCK/MÖLLER/SIEG, § 74 p. 933 m. 11. Mais recentemente, cfr BK/HÜBSCH, § 75 p. 1282 mm. 18-19; e KRAUSE, *Begriff*, p. 83. Os autores afirmam a injuntividade do § 75 I VVG.

2080 Nesse sentido, IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 24. Vimos que é injuntivo o § 75 I VVG. Não se pode conferir o direito à prestação senão ao segurado. Contudo, veremos que é supletivo o § 75 II VVG. Pode conceder-se ao segurado, desde logo, o direito de disposição. SIEG, *AVVR*, p. 54, acrescenta que isso acontece com frequência nas condições gerais dos seguros, e dá como exemplo as aplicáveis ao seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, que conferem aos co-segurados, e não ao tomador, um direito de disposição sobre a sua pretensão de exoneração das consequências adversas dos seus actos. Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2111. JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1171, dá também esse exemplo, mas nota que é mais frequente o inverso, ou seja, é mais frequente as condições gerais seguirem a regra legal supletiva atributiva do direito de disposição ao tomador.

2081 Neste sentido, LENNÉ, *VFR*, pp. 32-33.

2082 Cfr. os *Motive* da VVG, p. 148. Veja-se a totalidade do § 75 VVG: «1. No caso de um seguro por conta de outrem, os direitos que emanam do contrato pertencem ao segurado. Contudo, só o tomador do seguro pode exigir a entrega de uma apólice. 2. Sem o consentimento do tomador do seguro, o segurado só pode dispor dos seus direitos, ou fazê-los valer em tribunal, se estiver na posse de uma apólice.» Texto quase idêntico é o do § 46 VVG 2008. Cfr. EHRENBURG, *PVR*, p. 19; KISCH, *Handbuch III*, pp. 382-383. Mais recentemente, cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 75 pp. 683-684 mm. 8-9; e HOFMANN, *PVR*, pp. 200-204.

2083 Cfr. BK/HÜBSCH, pp. 1280-1281 § 75 mm. 14-17; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 75 p. 684 m. 10; HOFMANN, *PVR*, p. 201; e JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1172. Este último autor nota, todavia, que esta regra não se aplica aos casos em que o tomador discorde activamente da possibilidade de o segurador prestar directamente ao segurado. Neste sentido, BGH 07.05.1975 (cfr. *supra* n. 1980).

sobre o montante da indemnização para a satisfação de todas as pretensões relativas à coisa segura.²⁰⁸⁴

Significa isto que houve um *desdobramento* de uma situação que normalmente pertenceria a um único titular. A lei atribui a dois sujeitos distintos a titularidade da pretensão material e da respectiva faculdade de disposição.²⁰⁸⁵ Há aqui um desvio relativamente ao regime geral do contrato a favor de terceiro: o segurado é, efectivamente, o único titular dos direitos materiais fundados no contrato de seguro, mormente do direito à prestação. Por conseguinte, só os credores do segurado, e não os do tomador, podem penhorar os créditos fundados no contrato de seguro.²⁰⁸⁶ Mas permanece nas mãos do tomador a faculdade de exercer ou, de uma forma geral, de dispor de tais direitos.²⁰⁸⁷ Outro modo de expor a situação:

«Como característica especial do seguro de interesses alheios deve realçar-se que a *pretensão* à prestação indemnizatória se encontra *dividida*. Ao segurado cabem os direitos derivados do contrato de seguro (...). Mas este não pode fazê-los valer, sem mais, perante o segurador. Porque é o tomador, que não é titular da pretensão material, que tem o respectivo poder de disposição. Em princípio, apenas ele pode, sozinho, fazer valer em nome próprio a pretensão, judicial ou extrajudicialmente (...). Porém, não deve ficar com a prestação de seguro, tendo, por força de uma relação de fidúcia, o dever de entregar o que receber ao segurado.»²⁰⁸⁸

2084 Cfr. a segunda parte do § 75 I VVG e o § 77 VVG. Cfr. EHRENBURG, *PVR*, p. 19.

2085 Cfr. os §§ 75-77 VVG. Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, §§ 75-76 pp. 682 e 687 mm. 1; BK/HÜBSCH, § 75 pp. 1275 e 1278-1279 mm. 1 e 11-12; SCHIMIKOWSKI, *VVR*, pp. 56-59; e HOFMANN, *PVR*, pp. 198-199. Cfr. ainda, anteriormente, CORRODI, *VFR*, p. 21; e J. v. GIERKE, *VR II*, pp. 195-196. Recorde-se a peculiaridade do direito privado alemão, que dissocia os negócios obrigacionais (*Verpflichtungsgeschäfte*), criadores de obrigações, e os negócios dispositivos (*Verfügungsgeschäfte*), que têm por objecto transmitir, modificar ou extinguir direitos existentes. Cfr. *supra* n. 1296.

2086 Cfr. KISCH, *Handbuch III*, p. 466; JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS, *VVG*, § 75 p. 136 m. 2; ORLOWSKI, *VZD*, pp. 108-109; DEUTSCH, *VVR*, p. 66; KRAUSE, *Begriff*, pp. 39-41; e BK/HÜBSCH, p. 1277 § 75 m. 5. Os credores do segurado não ficam, todavia, em melhor posição do que a ocupada pelo segurado, pelo que, nalguns casos, a penhora será de pouca ou nenhuma valia, designadamente, quando ao próprio segurado falta a faculdade de dispor dos seus direitos.

2087 Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 76 p. 687 m. 1; e KRAUSE, *Begriff*, p. 41. HOFMANN, *PVR*, pp. 198-199, esclarece que, sendo injuntiva a atribuição material dos direitos fundados no contrato ao segurado, a atribuição da faculdade de disposição ao tomador é meramente supletiva, podendo as partes livremente acordar na sua atribuição, desde logo, ao segurado, conforme decorreria do regime geral do contrato a favor de terceiro. Cfr. *supra* n. 2080.

2088 RÖMER em RÖMER/LANGHEID, *VVG*, § 75 p. 705 m. 1.

Enquanto a apólice não houver sido emitida, ou enquanto permanecer na posse do tomador, este pode exercer, em nome próprio, os direitos fundados no contrato.²⁰⁸⁹ Em nome próprio, mas somente na qualidade de titular de um mero direito de cobrança, e não enquanto credor, dado que esta qualidade se reconhece apenas ao segurado.²⁰⁹⁰ Exerce-os, não exigindo que o pagamento seja feito ao segurado, mas exigindo que o pagamento lhe seja feito a si próprio.²⁰⁹¹ Na medida em que não é titular material de tais direitos, a retenção de quaisquer quantias para além das que lhe pertencerem por direito próprio em virtude das pretensões de que seja titular contra o segurado em relação à coisa segura colocá-lo-á em posição de enriquecimento sem causa, nos termos gerais.²⁰⁹² Assim salvaguardou a lei o princípio da proibição do enriquecimento, ou princípio indemnizatório, nos seguros de danos.²⁰⁹³ Protegeu as eventuais pretensões do tomador, que afinal é a parte que suporta, perante o segurador, os custos do contrato de seguro, mas criou uma relação de natureza fiduciária entre o tomador e o segurado, tendo o primeiro o dever de entregar o seu a seu dono, muito à semelhança do que acontece, no nosso sistema, com qualquer credor solidário.²⁰⁹⁴ A isto acresce que, uma vez satisfeitas as suas pretensões contra o segurado relativas à coisa segura, o tomador se encontra legalmente obrigado a entregar a apólice ao segurado, desse modo lhe transmitindo a faculdade de dispor, ele próprio, dos seus direitos fundados no contrato.²⁰⁹⁵ Enquanto isso não acontece, a doutrina divide-se a respeito da existência de uma obrigação do tomador perante o segurado a desempenhar o seu papel com diligência, designadamente exigindo ao segurador para em seguida entregar ao segurado a indemnização após a ocorrência do sinistro.²⁰⁹⁶

2089 Cfr. § 76 VVG.

2090 Cfr. KISCH, *Handbuch III*, p. 382; e BÜHNEMANN, *Rechte Dritter*, pp. 22-23.

2091 Cfr. KISCH, *Handbuch III*, p. 382. Desde que o segurado tenha consentido na celebração do seguro (§ 76 III VVG). Veja-se, todavia, EHRENZWEIG, *DÖVVR*, p. 220. O autor defendia que o tomador também teria o direito de exigir que o pagamento se faça ao segurado.

2092 Cfr. o § 812 BGB. Há unanimidade de entendimento a este respeito. Cfr. KRAUSE, *Begriff*, p. 46. Mas pode, efectivamente, fazer-se pagar pelo que lhe é devido e só entregar o restante ao segurado. Neste sentido, BK/HÜBSCH, p. 1298 § 77 m. 17. Quanto à questão de saber o que acontece se, não ficando com o restante para si próprio, o entregar por lapso à pessoa errada, cfr. *supra* n. 1575.

2093 Neste sentido, LENNÉ, *VFR*, p. 14; e BK/HÜBSCH, p. 1294 § 77 m. 1.

2094 Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 76 p. 687 m. 1; BK/HÜBSCH, p. 1294 § 77 m. 1; KRAUSE, *Begriff*, p. 45; SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 57; e BÜHNEMANN, *Rechte Dritter*, p. 25.

2095 § 77 VVG. Cfr. BK/HÜBSCH, pp. 1297-1298 § 77 m. 16.

2096 HAYMANN, *VFR*, pp. 30-38, parece entender que não, que o tomador apenas responde pelo seu eventual enriquecimento sem causa (cfr. todavia p. 199). Já BK/HÜBSCH, p. 1297 § 77 m. 15, defende a existência de uma pretensão do segurado por violação da relação fiduciária entre ambos criada, no caso de o tomador prejudicar com a sua conduta a integridade do direito do segurado.

Este regime terá ficado a dever-se à circunstância de, com alguma frequência, na relação entre o tomador e o terceiro-segurado, o primeiro ter alguma pretensão material relativamente à coisa segura, para cuja satisfação se lhe atribui um privilégio sobre a indemnização do seguro, bem como ao interesse do segurador em lidar primordialmente com a sua contraparte, o tomador.²⁰⁹⁷ O exemplo do seguro de armazenista terá desempenhado um papel de especial relevo na moldagem do regime do seguro por conta de outrem.²⁰⁹⁸ Como regra supletiva, entendeu-se ser mais adequado colocar nas mãos do armazenista o poder de disposição sobre o seguro, em lugar de reconhecer a cada um dos seus clientes a possibilidade de se dirigir directa e independentemente ao segurador.²⁰⁹⁹

Em Portugal, não temos de lidar com restrições legais semelhantes às que existem no ordenamento alemão.²¹⁰⁰ Em primeiro lugar, não podemos senão concluir que não se proibiu a estipulação de uma pretensão independente do tomador ao cumprimento da obrigação de prestar do segurador, e que muito menos se afastou a aplicação do regime geral do contrato a favor de terceiro, segundo o qual, nada se dizendo a esse respeito, se presume a existência de um direito do tomador a exigir a prestação do segurador, não para si próprio, mas para o seu destinatário – que pode ou não ser o segurado.²¹⁰¹ Esta distinção é importante, na medida em que, se de acordo com o direito alemão o tomador não pode exigir que a prestação do segurador seja feita ao segurado, podendo apenas, nalgumas circunstâncias, exigir que lhe seja feita a si próprio, segundo o direito português, ao invés, o tomador pode exigir que a prestação do segurador seja feita ao segurado, não tendo no entanto fundamento para exigir que a prestação lhe seja feita a si próprio. Não foi criada pela nossa lei qualquer relação fiduciária entre o tomador e o segurado.²¹⁰²

Em segundo lugar, o nosso sistema, ao contrário do alemão, não impõe a atribuição ao terceiro-segurado da titularidade dos direitos materiais fundados no contrato, em que se inclui uma pretensão directa contra o segurador relativamente à sua obrigação de

2097 Neste sentido, HOFMANN, *PVR*, pp. 198-199.

2098 Cfr. os *Motive* da VVG, p. 148 (onde é tratado o exemplo do seguro de armazenista).

2099 Cfr. JÜRGEN PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 75 p. 682 m. 1.

2100 Note-se a flexibilidade do nosso art. 48.º/3 LCS.

2101 Cfr. o art. 444.º/2 CC.

2102 Com efeito, não sendo as relações entre o tomador e o segurado semelhantes às relações entre credores solidários, não poderá aplicar-se a regra, necessária em função da natureza fiduciária das relações entre credores solidários, constante do art. 533.º CC.

prestar.²¹⁰³ Podendo as partes conferir ao terceiro uma pretensão directa contra o segurador, também poderão, naturalmente, não o fazer. Resultaria algo artificial, julga-se, uma construção que entre nós pretendesse identificar, em todos os casos, a presença de um direito de crédito na esfera do segurado, ainda que sem a correspondente faculdade de exigibilidade. Permite-se, designadamente, no nosso ordenamento, que o tomador reserve para mais tarde a decisão sobre se contempla ou não o segurado com o benefício da cobertura.

Pense-se no caso de um tio que, não obstante ter celebrado, por espírito de liberalidade, um seguro de danos próprios de uma mota por si oferecida ao sobrinho, reserva para si a decisão sobre se, aquando da ocorrência de um sinistro, o comportamento do sobrinho, os resultados por ele obtidos na universidade, etc., demonstraram que este mereceu, do ponto de vista do tio, a indemnização do segurador. Nesse caso, como vimos acima, o direito de crédito sobre a prestação do segurador permanece na titularidade do tio, não implicando a não inclusão, nesse direito, de uma competência de aquisição própria, mas antes alheia, qualquer diminuição à sua natureza creditícia, que se considera perfeita com a faculdade de exigibilidade e a permissão específica de aproveitamento dessa prestação.²¹⁰⁴ Em rigor, o tio não precisaria de ficar com o direito de crédito, podendo igualmente transferi-lo, no todo ou em parte, por hipótese, para a sua irmã, mãe do segurado. As possibilidades são as mais variadas, e o nosso sistema não no-las veda.

Pense-se ainda no caso de um empregador que, não obstante ter celebrado um seguro de responsabilidade civil profissional a favor de todos os seus trabalhadores, não pretende conferir-lhes de antemão nenhuma pretensão, reservando para si a decisão final sobre se, ocorrendo um sinistro, dele notifica o segurador, exigindo-lhe que pague a correspondente indemnização ao lesado, ou se, pelo contrário, deixa que seja o trabalhador responsável a suportar as consequências da sua conduta. Poderia mesmo caber-lhe a decisão sobre que franquia aplicar ao segurado, em face das circunstâncias de cada caso concreto – e conforme o resultado de processo disciplinar que corresse contra o mesmo. Este poderia constituir um modo eficaz de o empregador contrariar o fenómeno do *moral hazard*.²¹⁰⁵ Com efeito, o empregador poderia temer que, sentindo-se

2103 Cfr., mais uma vez, o art. 48.º/3 LCS.

2104 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1413.

2105 Sobre este fenómeno, cfr. *supra* o texto junto à n. 212.

os trabalhadores completamente protegidos em relação às eventuais consequências negativas dos seus actos, aligeirassem, consciente ou inconscientemente, o cuidado a ter no desempenho das suas funções.²¹⁰⁶

Ainda que o contrato de seguro em causa se encontre subordinado ao princípio indemnizatório, julgo poder afirmar que, entre nós, e a menos que outra coisa resulte do estipulado no contrato, o segurado a quem não tenha sido concedido o direito de exigir a prestação do segurador não estará, juridicamente, em melhor posição do que o terceiro lesado, num seguro facultativo de responsabilidade civil, a quem esse direito não tenha sido concedido. Consequentemente, a menos que o contrário resulte da relação entre o tomador e o segurado, este não será titular de uma situação jurídica susceptível de penhora por parte dos respectivos credores. Tão-pouco o será o tomador, na medida em que o seu direito apenas lhe permite exigir que o pagamento seja feito a terceiro – o segurado: uma eventual penhora desse seu direito de nada serviria aos seus credores.²¹⁰⁷

Neste domínio, concluo que a autonomia privada tem uma extensão possível consideravelmente maior em Portugal do que na Alemanha.

Concluo ainda, em especial, pela admissibilidade de seguros por conta que não sejam, em simultâneo, seguros a favor de terceiro.²¹⁰⁸ Nesses casos, admito que não se justifica chamar ao terceiro-segurado «senhor da cobertura». Na verdade, não se estende a este segurado a força normativa do contrato: ele não passa a ser titular, por mero efeito do contrato, de qualquer situação jurídica activa que possa fazer valer em relação com o segurador. Contudo, mesmo nestes casos, continuam a ter plena aplicação as fórmulas que proponho para a identificação do segurado: nos seguros de danos, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de capitais, é a pessoa em cuja

2106 Pense-se ainda no tomador que quer proteger o segurado contra os seus credores. Ou que se quer assegurar de que o contrato que celebra não acabará por beneficiar os credores do segurado. Nesse caso, a única forma de evitar uma acção sub-rogatória, ou uma penhora, será estipular que o segurado não tem quaisquer direitos ou pretensões fundados no contrato, apenas ele, tomador, podendo determinar se e quando executa o contrato, exigindo ao segurador o pagamento da indemnização ao segurado.

2107 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1671.

2108 Não lhes sendo de aplicar o disposto no art. 48.º/5 LCS. Com efeito, esta regra, que reproduz o art. 449.º CC, só tem sentido no contexto dos contratos a favor de terceiro, em que ao terceiro se confere uma pretensão contra o segurador. Não sendo esse o caso, não surge ocasião para o segurador opor ao terceiro o que quer que seja, visto não carecer de meios de defesa contra este, para além do argumento de que o seguro em apreço não é um contrato a favor de terceiro. O preceito encontra paralelo em ordenamentos próximos do nosso. Cfr., por exemplo, o art. 767 CCbr de 2002.

esfera se buscam os beneficiários.²¹⁰⁹ Destas fórmulas não decorre que o segurado deva ser titular de uma qualquer situação jurídica activa fundada no contrato. No plano da admissibilidade, não deixa de ser necessário que tenha interesse no seguro: o segurado, ainda que não seja titular de quaisquer situações jurídicas activas fundadas no contrato, continua a ser determinante para a qualificação, validade e eficácia do contrato.²¹¹⁰

Demonstrada a admissibilidade de seguros por conta que não sejam a favor de terceiro, há que reflectir sobre a questão distinta de saber se tais contratos são efectivamente celebrados no nosso país. No que depende da iniciativa privada, eles serão inexistentes ou muito raros. Não encontrei nenhum na prática seguradora portuguesa que conheço. Suponho a falta de interesse em introduzi-los ou em procurá-los, porventura até o seu desconhecimento no nosso mercado de seguros. Cabe ponderar, no entanto, se não terá justamente essa natureza o seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, na parte em que é celebrado por conta de outrem, isto é, na parte que cobre, não o próprio tomador, mas os demais «legítimos detentores e condutores do veículo».²¹¹¹

Não é certo que estes co-segurados correspondam, necessariamente, a terceiros beneficiários, na medida em que, para que o fossem, teria de concluir-se, em primeiro lugar, que lhes foi conferida uma pretensão contra o segurador e, em segundo lugar, que essa pretensão tem fonte contratual. No direito alemão, embora com a construção a que acima fiz referência, em que se reconhece sempre aos segurados uma pretensão, ainda que desacompanhada da respectiva faculdade de disposição, e no contexto do seguro de ocupantes, que são terceiros lesados, e não dos demais condutores, há quem entenda que cabe ao tomador decidir, em cada caso, sobre se acciona ou não o seguro, ou se prefere indemnizar de outra forma o segurado, ou incentivar este último a accionar antes o lesante para esse fim, na medida em que será ao tomador que cabe ponderar se se justifica arriscar um futuro aumento do prémio.²¹¹² Trata-se, no entanto, de mais um desdobramento, específico do direito alemão, entre a titularidade da pretensão material e

2109 Sobre estas fórmulas, veja-se *supra* o texto junto à n. 1646.

2110 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2131.

2111 Cfr. o art. 15.º/1 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto. Cfr. *supra* o texto junto à n. 1774. LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 163, afirma que o melhor exemplo do seguro por conta nos seguros de responsabilidade civil é o seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, que também protege a responsabilidade de todo o condutor – que, ao sê-lo, e pelo simples facto de o ser, se torna segurado.

2112 Nesse sentido, DEUTSCH, *VVR*, pp. 67-68. Cfr. BGH 07.05.1975 (*supra* n. 1980).

da faculdade de disposição. No que concerne aos demais condutores, as condições gerais utilizadas pela indústria seguradora alemã conferem-lhes, desde logo, quer a pretensão, quer a respectiva faculdade de disposição.²¹¹³ As nossas são omissas, nessa matéria, não havendo no entanto justificação para se concluir, na generalidade, por um regime distinto em Portugal.²¹¹⁴

Não obstante, este contrato de seguro não cobre apenas os danos causados por aqueles segurados. Garante ainda «a satisfação das indemnizações devidas pelos autores de furto, roubo, furto de uso do veículo».²¹¹⁵ Nestes casos, de acordo com o critério usado – da esfera que releva para o cálculo do montante dos danos indemnizáveis – teremos de concluir que também o ladrão deverá qualificar-se como um segurado. Trata-se da cobertura da sua própria responsabilidade civil, o mesmo é dizer, do pagamento de uma dívida sua, que se considera satisfeita, sem prejuízo do direito de regresso do segurador. Contudo, é patente que os únicos visados pela teleologia protectora deste regime legal são as respectivas vítimas – os terceiros lesados. Isto em nada contraria a anterior conclusão. Já se viu que nada, no seguro por conta, impõe a sua celebração por motivos altruístas – é desnecessária a identificação de uma intenção de beneficiar o segurado, bastando a cobertura de um risco seu – de um interesse seu – como é sem dúvida este o caso, ainda que essa cobertura seja instrumental para a prossecução de um outro fim.²¹¹⁶ Ora, dificilmente se aceitaria uma interpretação que reconhecesse a estes responsáveis uma pretensão própria contra o segurador relativamente à satisfação da sua dívida perante os terceiros lesados, tão-pouco lhes podendo estes opor a excepção de ilegitimidade, na hipótese improvável de os terceiros lesados optarem por propor uma acção contra os responsáveis e não contra o segurador.

Temos então pelo menos um caso, no nosso ordenamento, de segurados que não serão, em simultâneo, terceiros beneficiários de um contrato a favor de terceiro. Mas não

2113 Cfr. o § 10 IV ABK, por exemplo em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, p. 1725. Cfr. SIEG, *AVVR*, p. 54; e JOHANNSEN, *Dritte Personen*, p. 1171. Em sentido contrário, no que respeita ao direito suíço, cfr. IMSENG, *Rechtsstellung*, pp. 20-21.

2114 A legislação comunitária sobre a matéria não toca este aspecto, o que se compreende por se pretender essencialmente harmonizar a protecção dos terceiros lesados.

2115 Cfr. o art. 15.º/2 do DL n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

2116 Cfr. ainda o disposto no art. 14.º/2 LCS. Este preceito vem esclarecer que a contrariedade à ordem pública da cobertura do risco de responsabilidade criminal não significa que também o seja a cobertura do risco de responsabilidade civil eventualmente resultante da prática de um crime.

podemos afirmar que este seja um exemplo de seguro por conta de outrem que não é, simultaneamente, um contrato a favor de terceiro, visto que, não se estipulando qualquer benefício a favor destes segurados, estipula-se todavia um benefício a favor dos demais co-segurados, condutores legítimos do veículo.

Alguma doutrina alemã propôs a distinção terminológica entre as figuras do «segurado imediato» e do «segurado mediato». Este último seria precisamente aquele cujo interesse seguro não se protege directamente, mediante uma pretensão de seguro própria, mas antes indirectamente, mediante uma pretensão de seguro alheia.²¹¹⁷ Esta definição, porém, é feita de um modo distinto do que mais nos interessaria para distinguir os casos em que há contrato a favor de terceiro dos casos contrários: o segurado mediato seria aquele cujo interesse é protegido pela pretensão do segurado imediato.²¹¹⁸ Mais próxima do que nos interessa é a proposta da distinção entre o seguro por conta em sentido amplo, que se bastaria com o aparecimento do terceiro-segurado no contrato como titular do interesse seguro, e o seguro por conta em sentido estrito, que exigiria, em acréscimo, o reconhecimento de uma pretensão sua contra o segurador:

«Portanto, sempre que se seguram interesses alheios em nome próprio, pode falar-se em seguro por conta de outrem em sentido amplo, mesmo quando os pormenores da relação jurídica não correspondam às disposições supletivas dos §§ 74 ss. VVG, inclusive quando o portador do interesse seguro não adquira, ele próprio, os direitos derivados do seguro (...). No entanto, só existe seguro por conta de outrem em sentido estrito e verdadeiramente técnico se se verificar, pelo menos, a disposição mais significativa dos §§ 74 ss. VVG, a aquisição imediata dos direitos pelo terceiro (§ 75 I 1 VVG).»²¹¹⁹

2117 J. v. GIERKE, *VR I*, pp. 126-133. Cfr. ainda o suíço IMSENG, *Rechtsstellung*, p. 20.

2118 J. v. GIERKE, *VR I*, p. 126. O autor dava como exemplos o do tomador que segura um interesse de um terceiro por ter, ele próprio, um benefício indirecto com a protecção do interesse do terceiro, e o do pai de família que é o único titular directo da pretensão contra o segurador de um seguro de saúde que, indirectamente, beneficia todos os membros da família cuja doença se encontre coberta pelo seguro. IMSENG, *Rechtsstellung*, pp. 20-21, dava os exemplos do condutor ocasional no seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação, que também é segurado, entendendo o autor que não adquire a titularidade de quaisquer direitos ou deveres por via da celebração do contrato, e o do terceiro lesado sem um direito próprio à indemnização. Pela heterogeneidade destes exemplos já se vê que seria reduzida a valia dogmática desta categoria.

2119 LENNÉ, *VR* (1911), p. 9.

Julgo que esta distinção tem utilidade, mesmo no nosso ordenamento. Dir-se-á então que segurado, em sentido estrito, é apenas o «senhor da cobertura»: aquele cujo risco se encontra coberto pelo seguro e a quem foi conferida uma pretensão, contra o segurador, que lhe permite fazer valer contra este os termos do contrato. Em sentido amplo, contudo, deverá qualificar-se como segurado ainda aquele cujo risco se encontra coberto pelo seguro, sem no entanto lhe ter sido conferida qualquer pretensão contra o segurador. Será o caso do ladrão, no exemplo que vimos há pouco, bem como o caso do sobrinho, no exemplo anteriormente analisado.²¹²⁰ Escusado será dizer que a utilidade desta figura decorre do facto, que aqui se ressalva, de só a existência de um segurado em sentido amplo ser nota necessária em todo o contrato de seguro. As fórmulas acima propostas destinam-se, naturalmente, a identificar o segurado em sentido amplo.²¹²¹ Já a existência de um seguro em sentido estrito evidenciaria a presença de um seguro por conta a favor de terceiro.

Poderia também afirmar-se que, num sentido estrito, só seria seguro por conta de outrem o seguro que fosse, simultaneamente, a favor de terceiro, reservando para os restantes casos a qualificação de seguro por conta em sentido amplo. Entendo, todavia, não ser esse o uso mais útil da expressão, na medida em que de nada nos serviria fundir inutilmente um conceito no outro. A resposta à questão de saber se há algum terceiro com pretensão fundada no contrato obtém-se dentro dos quadros do contrato a favor de terceiro. A resposta à questão de saber se o segurado – em sentido amplo – é o tomador e/ou um terceiro deve tratar-se com independência da primeira, nos quadros do seguro por conta. Em todo o caso, impõe-se sublinhar que a necessidade da distinção – entre segurado *stricto sensu* e segurado *lato sensu* – surge apenas em casos marginais, de reduzida importância prática.

Finalmente, na perspectiva do contrato, e já não dos institutos, dir-se-á que, logicamente, um contrato de seguro pode ser (i) a favor de terceiro mas não por conta de outrem; (ii) por conta de outrem mas não a favor de terceiro; (iii) nem por conta de outrem, nem a favor de terceiro; (iv) ambas as coisas, quanto a um mesmo terceiro; ou (v) ambas as coisas, mas em relação a terceiros distintos. A quarta situação acontecerá sempre que um

2120 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2102.

2121 Sobre essas fórmulas, veja-se *supra* o texto junto à n. 1646.

mesmo terceiro cumule as posições de segurado e de terceiro beneficiário. A quinta situação terá lugar sempre que o segurado seja um terceiro mas haja outro terceiro de quem possa dizer-se que é um terceiro beneficiário.

7.3.3. Em especial: o requisito do interesse

Na encruzilhada entre o seguro por conta e o seguro a favor de terceiro, juntam-se várias referências ao conceito de interesse, que será conveniente contrapor. Começando pelo direito dos contratos em geral, podemos encontrar as seguintes exigências: (i) de um interesse do estipulante na promessa do promitente;²¹²² e (ii) de um interesse do credor na prestação.²¹²³ A estas referências ao interesse junta-se, no direito contratual dos seguros, a exigência (iii) de um interesse do segurado na cobertura.²¹²⁴ Todas estas, claro está, são referências ao interesse fora do contrato, no plano da admissibilidade do seguro, e não ao interesse estipulado. Vimos que em todas se exige um interesse «digno de protecção legal».²¹²⁵ Vimos também que, no direito contratual dos seguros, se exige a presença de um interesse estipulado, requisito, já não de admissibilidade, mas de qualificação de um contrato como de seguro, nota necessária do tipo contrato de seguro.²¹²⁶ Neste ponto do estudo, em que se contrapõem exigências de interesse de direito geral dos contratos e de direito contratual dos seguros, a análise desenrolar-se-á unicamente na perspectiva exterior ao texto contratual.

Não há sobreposições entre as várias exigências de interesse.²¹²⁷ Pensando nos seguros celebrados simultaneamente por conta e a favor dum mesmo terceiro, temos que: (i) ao tomador, na sua qualidade de contraente, se exige que tenha um interesse na promessa do segurador e, mais amplamente, na sua vinculação a cobrir um risco do terceiro-segurado;

2122 Cfr. o art. 443.º/1 CC. Cfr. ainda o art. 448.º/2 CC. A promessa pode ainda ser feita no interesse de ambos os contraentes. Só não se admite que seja feita unicamente no interesse do promitente, reconduzindo-se a uma ficção a presença do estipulante no contrato como parte.

2123 Cfr. o art. 398.º/2 CC.

2124 Cfr. o art. 43.º/1 LCS. No regime anterior, cfr. os arts. 428.º/§ 1 e 456.º CCom. A letra do último destes preceitos não era totalmente clara, na medida em que confundia as figuras do tomador e do segurado. Inicialmente, parecia exigir o interesse ao tomador – quem contrata o seguro (uma pessoa «pode ser segura por»). Depois, determinava que era segurado «a pessoa em cujo benefício se estipula o seguro e quem paga o prémio». Mas devia interpretar-se este artigo como exigindo interesse ao segurado. Cfr. ANGELONI, *CFT*, pp. 318-319.

2125 Não voltarei a analisar a questão da dignidade de protecção legal, remetendo, nessa matéria, para a discussão *supra* no texto a partir da n. 1492.

2126 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 478.

2127 Neste sentido, para o direito italiano, DONATI, *Trattato II*, pp. 207-210.

(ii) na sua qualidade de credor, se o for, exige-se que tenha um interesse na prestação – não no seu recebimento, entenda-se, mas no seu aproveitamento; (iii) ao terceiro-segurado também se exige, enquanto credor, que tenha um interesse na prestação; e finalmente (iv) que tenha um interesse na cobertura do seguro. O que quer isto dizer? Já tive ocasião de expor a minha posição quanto à primeira exigência. Trata-se de um resquício da origem histórica do preceito, testemunho da forma como a jurisprudência e doutrina francesas acabaram por torcer a letra demasiado restritiva do preceito sobre a admissibilidade da estipulação para terceiro.²¹²⁸ A lei italiana, e por influência desta também a nossa, tomaram para si a referência ao interesse. Acabaram, todavia, por aproximá-la, sob pena do seu esvaziamento, da exigência de dignidade de tutela legal. Do que resulta a ideia de que, do domínio dos contratos válidos a favor de terceiro, se excluiriam apenas os contratos que não tivessem qualquer efeito atributivo, ainda que indirecto, do estipulante para o terceiro, sendo ficcional a interposição do estipulante no contrato.²¹²⁹

Também já tive ocasião de expor a minha posição quanto à segunda e terceira exigências, relativamente às quais entendo não poder exigir-se mais do que a juridicidade como traço necessário das obrigações.²¹³⁰ Independentemente do entendimento que se adopte a respeito destas exigências, facilmente se compreende que, no tema em apreço, a discussão só releva no que respeita à pessoa do tomador, dado que, no contexto do contrato de seguro, a prestação feita ao segurado será o mais das vezes pecuniária e, ainda quando o não seja, apresenta para este uma evidente valia económica. Já quanto ao aproveitamento da prestação pelo tomador, que não a recebe, poderá chegar-se a soluções distintas consoante se adopte o entendimento acima propugnado ou se lhe exija algo de mais substancial, para além da juridicidade. Defendeu-se, nessa sede, que o requisito se traduz na exigência de um verdadeiro efeito atributivo do estipulante para o terceiro e não a mera aparência de um efeito atributivo.²¹³¹

Maior interesse reveste a quarta exigência – a única que nos vem do direito contratual dos seguros. Uma vez devidamente apreendido o sentido da qualificação de um dado sujeito

2128 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1431.

2129 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1459.

2130 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1477.

2131 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1484.

numa relação de seguro como segurado, facilmente se compreende que é a ele que deve exigir-se o interesse no seguro.²¹³²

Já vimos que a simples referência ao interesse de seguro, que prolifera em toda a doutrina nacional e estrangeira da especialidade, mascara importantes diferenças, não só na extensão que o requisito assume em cada sistema jurídico, mas também na realidade subjacente a que o requisito faz referência. Entre nós, a lei é muito clara, o interesse de seguro é exigido ao sujeito por conta de quem o contrato foi celebrado, ou seja, ao tomador-segurado, nos seguros celebrados por conta própria, e ao terceiro-segurado, nos seguros celebrados por conta de outrem.²¹³³ Não é ao tomador que se exige a titularidade do interesse seguro, e muito menos ao beneficiário, mas sim ao segurado, sempre ao segurado, à semelhança do que acontece na generalidade dos sistemas jurídicos romano-germânicos.²¹³⁴ Como vimos, um caminho distinto foi seguido nos ordenamentos anglo-americanos.²¹³⁵

2132 Cfr. PRÖLSS em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, § 74 p. 681 m. 10.

2133 A nova lei dissipa quaisquer dúvidas que entre nós houvesse a esse respeito. Cfr. o art. 43.º/1 LCS. Contudo, a mesma conclusão se retirava já na vigência do regime anterior. Nesse sentido, VASQUES, *Contrato de Seguro*, p. 172. Cfr. os arts. 428.º/1 e 456.º CCom. O primeiro destes preceitos era claríssimo: exigia-se o interesse àquele «por quem ou em nome de quem» o seguro era contratado. O segundo não era tão claro, pois padecia de um problema comum à generalidade dos preceitos do CCom: a confusão, quase permanente, entre as figuras do tomador e do segurado. Mas a melhor interpretação do preceito, quando conjugado com o anterior, conduzia-nos à conclusão de que o interesse era exigido ao segurado. Cfr. *supra* n. 2124.

2134 DONATI, *Trattato II*, pp. 207-210, afirmava que, nos seguros de vida, o interesse devia encontrar-se na relação entre o segurado (o sujeito) e a pessoa segura (o bem) e não na relação entre o estipulante (tomador) e o terceiro beneficiário. BUTTARO, *Assicurazione*, pp. 437-438, sustentava que a possibilidade, que se reconhece ao segurado, de dispor livremente do direito à prestação do segurador a favor de um qualquer terceiro que não tenha qualquer prejuízo com a sua morte permitia afirmar com segurança que, nos seguros de vida, não se exige um interesse ao beneficiário. Veja-se, todavia, o caso da Bélgica. Cfr. os arts. 37 e 48 LCSbe. O primeiro, que abre a secção dedicada aos seguros de danos, exige um interesse ao segurado, enquanto o segundo, que dá início à secção dos seguros de capitais, o exige antes ao beneficiário. Cfr. FONTAINE, *Assurances*, pp. 340-341 e 374-379. O autor critica violentamente este segundo preceito, cuja origem situa na infeliz dupla definição do segurado que, nos seguros de pessoas, se identificou impropriamente com a pessoa segura. O legislador ter-se-á apercebido de que nem sempre o interesse seria da pessoa segura mas, em lugar de compreender que o problema era da definição, acabou por exigir o interesse a outro interveniente no contrato: o beneficiário. Critica, com razão, que se coloque a exigência de uma condição essencial de validade de um contrato na dependência de um terceiro a esse contrato que pode ainda nem ter sido determinado por ocasião da celebração do contrato. Cfr. ainda VELOSO, *Risco*, p. 339 n. 74. O autor parece entender que, nos seguros de danos, se exigiria um interesse ao tomador, mas contrapõe-no ao interesse do beneficiário, quando o exemplo que analisa diz respeito a um seguro por conta, em que se exige, diferentemente, um interesse ao segurado. Não é de aceitar a sugestão do autor, por falta, quer de base legal, quer de justificação de princípio para semelhante exigência.

2135 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2060.

Efectivamente, o requisito do interesse de seguro foi concebido, nos sistemas anglo-americanos, como atinente à *legitimidade para contratar*, ao passo que, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, não se trata de saber quem é que tem legitimidade para contratar, quem tem legitimidade para proteger um dado interesse, mas antes de saber se quem se arroga titular de um interesse – ou quem aparece no contrato como segurado: como interessado – o tem, de facto.²¹³⁶ Isto, apesar de, no direito inglês, os preceitos legais que introduziram o requisito se referirem literalmente, não à pessoa do tomador, mas antes à pessoa do interessado: «pessoa ou pessoas para cujo uso, benefício ou por conta de quem o seguro for celebrado».²¹³⁷ Simplesmente, dado que, fora dos quadros da *agency* ou do *trust*, não se admitiam em geral neste ordenamento as estipulações para terceiro, o requisito parece sempre ter sido tratado, pela jurisprudência e doutrina, como respeitando à questão da legitimidade para contratar. Isto porque a questão que carecia de resposta era, nesse ordenamento, a de saber quem poderia celebrar um contrato de seguro com um determinado objecto.²¹³⁸

Na busca do interesse do segurado não deve abstrair-se da função que a prestação desempenha no contexto do seguro: a função de satisfação de uma necessidade eventual, aferida, em abstracto, pela existência de uma relação de natureza económica entre o

2136 Desconsideram a diferença os autores que, nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, tratam o problema do interesse como um problema de legitimidade para segurar. Nesse sentido veja-se, por exemplo, SCALFI, *Assicurazione Danni*, p. 55; ou J. M. BRITO, *Seguro Marítimo*, pp. 62-67 e 74-76. CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 633, afirmava que, havendo cessão da posição contratual, o cessionário não tem de ter interesse no seguro, o que está correcto, não tendo em conta, todavia, que, entre nós, é o segurado e não o tomador o titular do interesse seguro. Cfr. ainda o Ac. STJ 22.03.2007, segundo o qual «na hipótese da falta de interesse patrimonial do tomador do seguro na celebração do contrato se verifica uma ilegitimidade substancial daquele em relação a este, sendo que é de considerar de interesse público que não seja violado o princípio da legitimidade negocial».

2137 Cfr. *supra* n. 423. MACGILLIVRAY/LEGH-JONES, *Insurance Law*, pp. 49-52 (*maxime* 1-107 e 1-113). Os autores observam que a expressão não deve ser interpretada com um sentido demasiado amplo, que incluía o beneficiário do seguro. A pessoa a que o preceito faz referência é, no seu entender, quem ocupa a posição de principal na operação.

2138 Há quem entenda que, no direito inglês, o segurador pode renunciar ao requisito do interesse de seguro – que a sua aplicabilidade está na sua disponibilidade. Neste sentido, BIRDS, *Insurable Interests*, pp. 91-109. O autor nota que, muitas vezes, é encontrando, ou ficcionando, uma renúncia que os tribunais chegam ao resultado justo pretendido. Contra, MERKIN, *Colimaux*, p. 77. STEVENS, *Act*, p. 318, nota que, independentemente de o requisito estar ou não na disponibilidade do segurador, é muito raro um segurador recusar-se a pagar uma indemnização com base no argumento de que o contrato não produz efeitos para terceiros. Muito mais comum é o surgimento de disputas entre o terceiro e os credores ou os herdeiros do tomador sobre o titular legítimo do direito à indemnização. Nos EUA, a falta de interesse de seguro é uma defesa que, em princípio, apenas pode ser suscitada pelo segurador. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 310-312. Os autores notam que esta regra é capaz de provocar alguma perplexidade, dado que são razões de interesse público que estão na base do requisito do interesse de seguro. Talvez por isso, os tribunais nem sempre a seguem à letra.

segurado e o bem seguro.²¹³⁹ O objecto do interesse que entre nós se exige ao segurado não é o próprio bem seguro, ou sequer a prestação do segurador, se desligada da sua finalidade própria, mas antes e sobretudo a sua atribuição característica: a cobertura.²¹⁴⁰ Tratando-se aquela de uma prestação em dinheiro, separando-a da sua finalidade própria, dificilmente se diria que alguém fosse incapaz de dar-lhe uso. A exigência do interesse do segurado refere-se a algo de bem mais específico: exige-se que, na realidade, possa dizer-se que sobre o segurado impende o risco que o seguro se destina a cobrir e que, como consequência desse risco, a cobertura tenha para ele alguma utilidade.

Sendo o segurado o titular, não necessariamente do risco primário, mas necessariamente do risco coberto pelo seguro, exige-se, naturalmente, que o risco exista, no sentido de que, para além de as partes terem perspectivado a possibilidade de ocorrência do sinistro, este seja de molde a causar algum impacto de natureza adversa na esfera do segurado.²¹⁴¹ Para que possa afirmar-se que o seguro o protege contra qualquer coisa. Na ausência de risco, por inexistência de interesse, deixam de poder aplicar-se os verbos «cobrir» ou «proteger», essenciais à execução do contrato de seguro, que nestes casos deixa de poder ter lugar: o contrato de seguro será nulo por impossibilidade do objecto sempre que, ao tempo da sua celebração, faltem o risco ou o interesse de seguro, e caducará se essa falta for superveniente.²¹⁴² Ainda que se mantenha física e economicamente possível o pagamento de uma soma em dinheiro em caso de verificação de um evento em si mesmo indiferente ao segurado.²¹⁴³

2139 Cfr. CASTELLANO, *Ass. Per Conto*, p. 566.

2140 Sobre a cobertura como atribuição característica do segurador, cfr. *supra* o texto junto à n. 894.

2141 Para a afirmação de que o risco não é algo que exista no mundo, e tão-pouco deve exigir-se que seja o resultado de um juízo «objectivo», cfr. *supra* 2.2.2. A exigência de que o risco «exista» só pode significar uma exigência de que o juízo de risco seja verdadeiro, e não «simulado» (cfr. *supra* n. 195).

2142 Sobre a nulidade ou caducidade do contrato por falta do risco ou do interesse seguro, cfr. *supra* o texto a partir da n. 900. Isto significa que, entre nós, o requisito do interesse de seguro se aplica, quer no momento da contratação, quer no do sinistro, quer em todos os demais, durante a vigência do contrato de seguro. Salvo, naturalmente, no caso de se contemplar no contrato o seguro de um interesse futuro – caso em que a cobertura só produz efeito a partir do momento em que o interesse passa a existir.

2143 Considerarei acima intransponíveis para o nosso sistema jurídico, por falta de base legal, as concepções alemã e inglesa acerca do requisito do interesse de seguro, que, cada uma à sua maneira, transformam o conceito de interesse técnico de seguro em algo de distinto, e de mais restrito, do que o conceito genérico de interesse necessariamente presente em todo o contrato de seguro. Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 478. Desconhecem-se, igualmente, entre nós, decisões jurisprudenciais limitativas do conceito de interesse de seguro relevante fora do contrato, cuja falta determina a nulidade ou caducidade do contrato, mas não a sua qualificação como seguro.

É importante esclarecer que o interesse do terceiro tem de ser o mesmo que é objecto do seguro. Não se exige do segurado que tenha «interesse» na coisa ou pessoa exposta ao risco primário. Exige-se que seja titular «daquele interesse» que as partes estipularam como o objecto da cobertura no contrato de seguro por elas concretamente celebrado. Pense-se no exemplo de um seguro sobre a vida do papa. Não basta a possibilidade de o evento em causa – a morte do papa – poder vir a ter algum impacto na vida do segurado. É irrelevante a circunstância de o segurado ter por ele algum apreço, e se prever que venha a sofrer um desgosto com a sua morte. Não basta esse «interesse» genérico no bem estar do papa para tornar válido o seguro, na medida em que não seria esse o «risco» coberto por um seguro sobre a vida do papa celebrado por conta deste nosso segurado.²¹⁴⁴ Esta precisão é importante, não por causa de exemplos académicos como os do seguro sobre a vida do papa, mas em virtude das inúmeras situações reais de interesses coincidentes ou concorrentes sobre uma mesma coisa.²¹⁴⁵ Pense-se, por último, que os potenciais terceiros lesados e, por extensão, a sociedade em que vivemos, também «terão interesse» na celebração, pelos seus membros, de seguros de responsabilidade civil, não sendo todavia esse interesse, mas sim unicamente o de cada um dos respectivos segurados, que se encontra coberto por tais contratos de seguro.²¹⁴⁶

Tudo visto, não são de aceitar as afirmações de que o regime do seguro a favor de terceiro exigiria a contratação no interesse do estipulante, enquanto o do seguro por conta de outrem exigiria a contratação no interesse do terceiro, pelo que ambos os

2144 Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 52-53. Cfr. *supra* o texto junto à n. 688, para a análise deste exemplo e do exemplo do seguro de incêndio celebrado por um frequentador do Teatro Nacional de São Carlos.

2145 Sobre estes, cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 52-80. Interesses concorrentes são o dos co-proprietários, o do credor hipotecário, que concorre com o do proprietário, ou o do locatário, que concorre com o do locador. No caso de interesses concorrentes, um dos interessados pode celebrar, consoante os casos, um seguro por conta própria e de outrem, ou um seguro por conta de quem pertencer (pp. 59-60). O autor tratou a questão de saber se os titulares de interesses concorrentes deveriam considerar-se co-segurados no caso de um dos titulares segurar a coisa pelo seu valor total (pp. 60-80). Entendia que os interesses concorrentes, em princípio, não deveriam ser tratados de maneira diferente dos restantes interesses independentes. Por um lado, não deveriam considerar-se abrangidos pelo seguro contratado por um único interessado, mesmo que pelo valor total; por outro lado, poderiam ser objecto de seguros independentes, mesmo que o interesse dos restantes interessados sobre a mesma coisa já fosse objecto de um seguro anterior (p. 80). Em Portugal, a solução é distinta. Cfr. o disposto no art. 47.º/3 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 428.º/§ 3 CCom.

2146 Cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 55-56. Pense-se ainda no exemplo do seguro de nupcialidade, em que a filha casadoira também teria um interesse no capital seguro, e até podia ter-lhe sido conferido um direito à percepção desse capital. O interesse seguro era normalmente o do tomador, seu pai, que assim conseguia suportar as suas despesas com o casamento (pp. 56-57). Cfr. o § 1620 BGB. Mas é claro que também seria possível contratar um seguro de nupcialidade em que se segurasse apenas o interesse de um dos nubentes. Cfr. *supra* n. 2015.

qualificativos se excluíam mutuamente, e de que a aplicação do regime do segundo afastaria, por ser lei especial, a aplicação do regime geral do primeiro.²¹⁴⁷ Efectivamente, não é assim.²¹⁴⁸ Para isso, seria preciso (i) que se exigisse um interesse exclusivo por parte do sujeito em causa; e (ii) que fosse absolutamente idêntico, em ambos os casos, o alcance do requisito do interesse. Nem a primeira asserção é verdadeira: já vimos que a exigência do interesse do estipulante coexiste pacificamente, em todos os contratos a favor de terceiro, com a exigência do interesse do terceiro beneficiário, que também é credor da prestação. Nem a segunda: é mais genérica a exigência do interesse do estipulante. Exige-se juridicidade, exige-se que, materialmente, este seja o verdadeiro sujeito da relação contratual criada. A exigência do interesse do segurado refere-se, como vimos, a algo de mais específico: exige-se que, na realidade, possa dizer-se que sobre o segurado impende o risco que o seguro se destina a cobrir, ou seja, que para ele tenha alguma utilidade a cobertura do seguro.

8. Seguros colectivos e de grupo

Até este ponto do estudo, a análise da posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, pode ter em face dele uma qualquer posição juridicamente tutelada centrou-se nos chamados «seguros individuais»: optei por isolar, na parte nuclear do estudo, as várias relações triangulares de seguro nas suas formas mais elementares, para só agora

2147 Cfr. a exposição em ORLOWSKI, *VZD*, pp. 39-45. O autor analisou e contrapôs duas teses opostas. A de HÜLSSE, *Vers.zD*, pp. 239-241, para quem o tomador de um seguro a favor de terceiro contratava necessariamente no interesse do terceiro beneficiário, sendo o seguro por conta de outrem um dos dois grupos de casos de seguros a favor de terceiro, ao lado do outro grupo de casos, composto pelos seguros em que o terceiro é, não o segurado, mas o beneficiário. E a de GRISEBACH, *Vers.zD*, pp. 5-22, que, pelo contrário, entendia que, num seguro a favor de terceiro, nunca podia estar com o terceiro, mas só com o próprio tomador a titularidade do interesse seguro, pelo que se trataria de um universo totalmente distinto do do seguro por conta de outrem. Na realidade, nenhum dos autores tem inteira razão, dado que, fora a exigência de juridicidade, de que ao estipulante corresponda verdadeiramente uma posição de parte material, que é requisito do contrato a favor de terceiro, não releva para a qualificação de um contrato como a favor de terceiro se o estipulante actua predominantemente no seu próprio interesse, no interesse do terceiro, no interesse de ambos, ou mesmo no de uma quarta pessoa. Nesse sentido, ORLOWSKI, *VZD*, pp. 45-46. Mas a definição proposta pelo autor é em meu entender demasiado estreita, na medida em que se limita a conceber a possibilidade de se atribuir a um terceiro o direito à prestação do segurador, e não qualquer outro caso, como seguro a favor de terceiro.

2148 DONATI, *Trattato II*, pp. 207-210, observa que o interesse na relação segurado/pessoa segura é exigido por força do regime dos seguros e o interesse na relação estipulante/terceiro beneficiário por força do regime do contrato a favor de terceiro. Cfr. CASTELLANO, *Ass. Per Conto*, pp. 565-573, *maxime* p. 569. Para o direito alemão, cfr. LENNÉ, *VFR*, pp. 43 e 52. Em Portugal, cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, p. 64 (embora interpretando diversamente o sentido das três exigências).

introduzir, como elemento de complexidade acrescida, a pluralidade de sujeitos característica dos «seguros colectivos» e «de grupo».

Começo o capítulo com uma exposição acerca dos conceitos de «seguro de grupo» e de «seguro colectivo». Se, como disse antes, o contrato de seguro não tem merecido atenção suficiente da doutrina portuguesa, a situação de penúria atinge porventura o seu auge nos seguros colectivos e de grupo. São poucas as obras de fundo, no panorama continental europeu, e as principais foram escritas e publicadas em língua alemã, pelo que não são acessíveis a grande parte dos juristas portugueses. Neste capítulo, procuro demonstrar que, sob a designação de seguros de grupo, a indústria seguradora e alguma doutrina aglutinam realidades bem distintas, que é essencial autonomizar. Em grande medida, terei de desviar-me do sentido corrente dos termos, dada a fluidez e imprecisão do uso correspondente.²¹⁴⁹

O problema, que não é imediatamente visível, tem causado dificuldades, levando alguma jurisprudência e doutrina a tomar a parte pelo todo, generalizando com bases que estão longe de ser representativas do conjunto, e chegando a conclusões que por vezes causam perplexidade. A seu tempo se apontarão exemplos. Para começar, considero as propostas de quem já se ocupou de separar águas, tentando chegar a conceitos rigorosos de seguro colectivo e de grupo, adequados às exigências do ordenamento e às necessidades da prática seguradora. O primeiro objectivo deste capítulo é identificar as principais modalidades de relações plúrimas de seguro e arrumá-las sob tais conceitos.²¹⁵⁰

Uma vez identificadas as principais modalidades de relações plúrimas de seguro, e com base nas distinções traçadas, a análise prossegue tendo por objecto, em simultâneo mas separadamente, os três feixes distintos de relações contratuais que se criam: (i) a relação entre o segurador e o «subscritor»; (ii) as relações entre o segurador e cada um dos membros do grupo – os «participantes»; e (iii) as relações entre o subscritor e cada um

2149 Para problemas semelhantes noutras línguas, cfr. MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, p. 1; e NICOLAS, *Essai*, p. 205, para quem o contrato de seguro de grupo não existe, existem, sim, os diferentes contratos de seguros de grupo. A fluidez na terminologia alemã é acentuada por MAUCH, *Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag*, pp. 48-49, que se refere em especial às expressões «seguro de grupo» (*Gruppenversicherung*) e «seguro colectivo» (*Kollektivversicherung*).

2150 Não esclareço neste momento o que entendo, rigorosamente, por «relações plúrimas de seguros» porque a sua delimitação exacta é, precisamente, um dos objectivos deste capítulo. Posso no entanto adiantar que me refiro às relações existentes nos seguros colectivos e de grupo, no sentido que adiante preciso.

dos participantes. Chamo «subscritor» a quem celebra com o segurador o contrato colectivo ou de grupo.²¹⁵¹ Veremos adiante que nem sempre se trata de um tomador do seguro, no sentido rigoroso do termo. Para os membros do grupo reservo a designação «participantes». Mais uma vez, esta designação tem o intuito de permitir nomeá-los sem qualificar desde logo a posição que ocupam no seguro.

Analiso então o processo de formação e vicissitudes de um seguro colectivo ou de grupo, bem como a sua alteração e cessação, matéria em que assume particular importância a delimitação dos poderes de negociação conferidos ao subscritor, e as suas limitações e efeitos perante os participantes, bem como os poderes de negociação conferidos a estes últimos, em ambos os casos na sua relação com o segurador. Procuro ainda enquadrar as respectivas posições, e as dos demais sujeitos, nos moldes das figuras até este ponto analisadas, mormente as do tomador do seguro, segurado, pessoa segura e beneficiário. Tornar-se-á patente que os participantes não correspondem sempre a terceiros em face dos respectivos contratos de seguro, sendo por vezes partes nesses contratos, questão em que será determinante distinguir entre os seguros de grupo e o universo mais amplo dos seguros colectivos, no sentido que dou às expressões.

Este estudo não tem a pretensão de resolver todas as questões atinentes aos seguros colectivos e de grupo, ou sequer a sua maioria. Muito pelo contrário, pretende-se apenas identificar brevemente as várias figuras que podem surgir sob as vestes do que comumente se chama «seguros colectivos» ou «de grupo». O meu objectivo, mais uma vez, é tratar o tema geral dos terceiros num contrato de seguro.

2151 Não pretendo com isso sugerir quaisquer semelhanças entre a sua posição e a do subscritor de uma operação de capitalização. Cfr., por exemplo, a referência constante do art. 209.º LCS. O recurso, em sede de seguros colectivos e de grupo, ao termo «subscritor» colhe inspiração na doutrina de expressão francesa, que muitas vezes se lhe refere como *souscripteur*.

8.1. Conceito e modalidades

8.1.1. Primeiras delimitações

A realidade que geralmente se tem em mente ao falar de «seguros colectivos» ou de «seguros de grupo» surgiu da iniciativa privada e desenvolveu-se inicialmente, em grande medida, à margem da lei.²¹⁵² Na sua forma moderna, os seguros colectivos terão nascido nos EUA, no último quartel do séc. XIX, divergindo os autores sobre se a primazia terá cabido ao seguro de vida, ao seguro de saúde ou ao seguro de acidentes pessoais. Mas o seu nascimento não surgiu do nada, havendo antecessores próximos na Inglaterra e Holanda de meados do séc. XIX, e parentes mais longínquos nas guildas medievais e, porventura, até mesmo na Roma antiga.²¹⁵³

A figura, na versão moderna norte-americana, foi progressivamente exportada para outros mercados de seguros. No que respeita ao seu estudo, a dianteira foi tomada por alguma doutrina de expressão germânica, embora o tratamento do tema, nos manuais alemães de direito dos seguros, nunca tenha merecido mais do que curtas referências, e a generalidade da doutrina alemã nunca lhe tenha dedicado muita atenção, comparativamente a outras matérias.²¹⁵⁴ O facto dever-se-á talvez à ausência de referências aos seguros colectivos e de grupo na VVG.²¹⁵⁵ No ordenamento alemão, os

2152 Neste sentido, CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, p. 25.

2153 Sobre o desenvolvimento dos seguros de grupo, veja-se, nos EUA, CRAWFORD/HARLAN, *Group Insurance*, pp. 1-4; BILISOLY, *Introduction*, pp. 4-8; ou CRAWFORD, *LHIL*, pp. 370-371. E na Europa DÜBY, *Kollektivversicherung*, pp. 1-28; e ZWONICEK, *Entwicklung*, pp. 246-248. Cfr. ainda WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 25-27; SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, pp. 239-240; e CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, pp. 30-31. Se não se sabe ao certo quais os primeiros seguros colectivos modernos, sabe-se pelo menos que foram os de acidentes pessoais os primeiros a chegar aos tribunais. As três decisões que costumam apontar-se como demonstração dos primórdios dos seguros colectivos são: *Enright v Standard Life & Accident Insurance Co.* (1892); *Carpenter v Chicago & Eastern Illinois Railroad Co.* (1898); e *Fidelity & Casualty Co. v Ballard & Ballard Co.* (1899). Os dois primeiros casos respeitam a seguros de acidentes pessoais de um conjunto de trabalhadores do sector ferroviário. Todos eles foram celebrados pelo respectivo empregador.

2154 SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 53, por exemplo, faz-lhes uma única referência, para dizer que nos seguros de grupo os membros do grupo são vistos como tomadores – afirmação que, veremos, não é acompanhada pela doutrina que mais se tem dedicado ao tema. A mesma parcimónia apresenta HOFMANN, *PVR*, p. 57, que no entanto volta a referir-se-lhes a propósito dos seguros de vida (cfr. pp. 327-328). WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 21-22, nota que o assunto não tem merecido muita atenção da doutrina alemã ou austríaca, nem tem sido objecto de jurisprudência significativa. Os escritos mais significativos apareceram entre os anos 30 e 60 do séc. XX.

2155 O seguro de grupo foi sem dúvida uma figura desenvolvida inicialmente, quase em exclusivo, pela própria indústria seguradora. MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, p. 1, sublinha que o seu desenvolvimento se fez muito ao abrigo da liberdade contratual, nesta matéria muito pouco limitada, dada a inexistência, nessa matéria, de preceitos legais injuntivos. No mesmo sentido, WIESER, *Gruppenversicherungen*, p. 129. A lei alemã pouco avançou, no recente VVG 2008. Há referências,

seguros colectivos e de grupo veriam a luz por via legislativa indirecta, na sequência de um preceito introduzido em 1923 no principal diploma regulador do direito institucional: a VAG.²¹⁵⁶

O conceito de seguro de grupo surgiu no ordenamento alemão a partir da necessidade de delinear as fronteiras da regra geral de direito institucional de que os seguradores não poderiam celebrar «contratos de benefício» (*Begünstigungsverträge*). Estes seriam «contratos mediante os quais fossem acordadas vantagens directas ou indirectas de qualquer espécie, para quaisquer pessoas ou grupos de pessoas, em relação ao prémio ou demais condições de um seguro ou aos respectivos custos acessórios, comparativamente ao plano comercial praticado para os seguros individuais da mesma espécie».²¹⁵⁷ Note-se, antes de mais, que os «contratos de benefício» sempre foram válidos e eficazes na Alemanha. Não padeciam nem padecem, pela circunstância de o serem, de qualquer vício de direito substantivo.

pouco marcantes, ao «seguro de grupo» nos §§ 206 V e 207 II VVG 2008 (no capítulo dedicado aos seguros de saúde). E ao «seguro colectivo» no § 150 II VVG 2008 (no capítulo dedicado aos seguros de vida).

2156 Cfr. WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 31-67. Sobre a introdução da disposição legal em causa na reforma de 19.07.1923, cfr. PETERSEN, *Begünstigungsverträge*, p. 298; e BRAUN, *Gruppenlebensversicherung*, p. 701. Este último autor nota que o seguro de grupo era até então desconhecido no mercado alemão, tendo-se o legislador inspirado na prática norte-americana. Com efeito, por essa altura, no mercado norte-americano, não só o seguro de grupo já se havia instalado em definitivo, como já se fazia sentir a preocupação a que a lei alemã pretendeu dar resposta. Cfr. CRAWFORD, *LHIL*, pp. 370-371; e MCGANN, *LHIL*, p. 183. As autoras esclarecem que, nas primeiras décadas do séc. XX, o seguro de grupo era fortemente criticado, por alguns, com base no argumento de que seria profundamente injusta para certas camadas da população a cobrança de prémios mais baixos nos seguros de grupo do que nos seguros individuais, na medida em que nem todos teriam acesso aos primeiros. Comentando o peso crescente dos seguros de grupo na economia alemã, sobretudo na última década, primeira do séc. XXI, cfr. WILHELM/FAHL, *Anfechtung*, p. 1338.

2157 *Rundschreiben* R 31/34 de 10.03.1934, em 1934 VA, pp. 101-103. Foi esta a primeira definição dos «contratos de benefício» apresentada pela entidade de supervisão. Cfr. WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 24 e 33-35; LIPPERT, *Gruppenversicherung*, pp. 228-229; PETERSEN, *Begünstigungsverträge*, p. 298; e MILLAUER, *Begünstigungsverträge*, pp. 111-113. Cfr. ainda MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, § 1 p. 128 m. 87; e em *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 729-730. Pode dizer-se que esta regra ainda vigora, na medida em que nunca foi expressamente revogada. Todavia, é actualmente problemático o seu verdadeiro alcance. Cfr. DREHER, *Begünstigungsverbot*, pp. 1-9. O autor afirma que, actualmente, se questiona a praticabilidade da proibição, sobretudo em vista do funcionamento das regras da concorrência no mercado, mas acrescenta que a proibição já não se funda hoje, unicamente, no princípio do tratamento igualitário dos clientes imposto pelo direito da regulação de seguros, também se impondo em grande medida por razões de solvência. A grande questão que hoje se coloca é todavia a de saber como compatibilizar esta regra com a proibição do controlo sistemático dos prémios e demais condições dos contratos de seguros pelas entidades de supervisão constante dos arts. 5.º, 29.º e 39.º da Directiva n.º 92/96/CEE do Conselho, de 10 de Novembro (3.ª «Vida») e dos arts. 6.º, 29.º e 39.º da Directiva n.º 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho (3.ª «Não-Vida»). Não havendo controlo sistemático, poderá a entidade de supervisão controlar casos episódicos que cheguem ao seu conhecimento? Sustenta-se que só quando os prémios ou demais condições forem de forma a fazer perigar o cumprimento duradouro dos contratos pelo segurador. Consequências: entre outras, a necessidade de um entendimento restritivo da proibição do favorecimento.

Simplesmente, se os celebrar, o segurador responde perante a entidade de supervisão: são inadmissíveis, mas válidos e eficazes.²¹⁵⁸

A concretização da regra, e suas excepções, foi cometida pela lei à entidade de supervisão – à época, o *Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung*.²¹⁵⁹ A regra foi afastada pela entidade de supervisão quanto a uma parte significativa dos seguros colectivos, com a justificação de que, se a cobertura de um elevado número de segurados por via de um único contrato diminui significativamente os custos de transacção, não é justo que os seguradores estejam impedidos de fazer reflectir essa diminuição de custos no prémio desses seguros, guardando para si a totalidade da poupança.²¹⁶⁰ Abriu-se assim a porta a que os segurados, nos seguros de grupo, pudessem ser cobertos a preços mais acessíveis do que os praticados pelos seguradores no mercado de seguros individuais.²¹⁶¹

As directrizes que a entidade de supervisão foi divulgando sobre o que entendia por «seguro de grupo» só muito limitadamente tiveram em atenção a natureza da figura enquanto contrato de direito privado, dado que a referida entidade só se ocupava da mesma por via indirecta, na medida em que esta se reflectisse no tratamento desigual dos

2158 Nesse sentido, cfr. LG Colónia 19.09.1984, p. 385. Na doutrina, cfr. MILLAUER, *Begünstigungsverträge*, pp. 117-118.

2159 Cfr. o (actual) § 81 II 4-5 VAG: «A entidade de supervisão também pode proibir, em geral ou para determinados ramos de actividade das empresas de seguros e mediadoras de seguros, a concessão de qualquer espécie de vantagens ao tomador de um contrato de seguro; e também pode proibir, em geral ou para determinados ramos de actividade das empresas de seguros, a celebração e prorrogação de contratos de benefício.»

2160 Antes disso, já havia quem afastasse dessa regra os seguros de grupo, sustentando a sua não assimilação aos contratos de benefício. Cfr. PETERSEN, *Begünstigungsverträge* (1930), p. 298. Cfr. ainda HUBRICH, *Gruppenlebensversicherung* (1928), pp. 52. Este autor defendia que os seguros de grupo deveriam reunir um número suficiente de pessoas seguras para justificarem, pela poupança em custos administrativos que representavam, as vantagens obtidas por comparação com os demais, e assim se furtarem à proibição dos contratos de benefício. Para uma descrição detalhada das modalidades de seguros de grupo incluídas nesta excepção, cfr. MILLAUER, *Begünstigungsverträge*, pp. 116-117.

2161 Sobre a relação, que aqui não cabe desenvolver, entre os seguros de grupo e os «contratos de benefício», cfr. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 117-174; e *Begünstigungsverträge*, pp. 111-119 (definição a p. 113). Sobre a regra geral que impede o segurador de tratar de modo desigual os seus clientes e potenciais clientes, vejam-se, desta época, por exemplo, KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 59; e, mais recentemente, DREHER, *Begünstigungsverbot*, pp. 1-9. Cfr. *supra* n. 283.

clientes por parte dos seguradores.²¹⁶²⁻²¹⁶³ No entanto, foi essencialmente com essas directrizes que a doutrina alemã de direito contratual dos seguros inicialmente conceptualizou a figura do seguro de grupo.²¹⁶⁴ A doutrina levou algum tempo a separar os conceitos de seguro de grupo e de contrato de benefício: inicialmente, não havia consciência generalizada de que não era característica definidora do primeiro a estipulação de condições mais favoráveis do que as disponíveis para os seguros individuais, tão-pouco sendo essa a sua única ou principal função.²¹⁶⁵ Assim se julgava antigamente.²¹⁶⁶ Via-se o seguro de grupo, em primeiro lugar, como uma modalidade

2162 Neste sentido, WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 47-48. Para uma análise de tais directrizes, cfr. MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 729-730. O autor analisa em especial as *Richtlinien für Gefolgschaftsversicherung* emitidas pelo *Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung* em 17.03.1939, publicadas em (1939) 62 *NeumZ* 316-317. Observa que, de acordo com esta entidade de supervisão, os contratos de benefício se subdividiriam em (i) «seguros de grupo» (*Gruppenversicherungs-*), (ii) «contratos colectivos» (*Kollektiv-*), (iii) «contratos-quadros» (*Rahmen-*) e (iv) «contratos de recomendação» (*Empfehlungsverträge*). Todos seriam formas de trazer vantagens para os membros de um grupo em relação aos seguros individuais da mesma espécie. O autor nota que dificilmente conseguem delinear-se fronteiras claras entre as quatro modalidades de «contratos de benefício». Afirma que algumas delas correspondem a verdadeiros contratos de seguro e outras a contratos preliminares de contratos de seguro.

2163 Digno de nota é o paralelo com o desenvolvimento dos seguros colectivos nos países francófonos. Nestes, embora por outros motivos, a análise da evolução e conteúdo do regime legal atinente aos seguro de grupo mostra bem como a matéria foi, por vezes, praticamente subtraída ao domínio do direito contratual dos seguros, e rearrumada no direito laboral e da segurança social (e, por vezes, mesmo fiscal). Mesmo nos preceitos sistematicamente inseridos na legislação de seguros, é marcado o seu pendor «social». Sobre a celebração de seguros de grupo em França, cfr. BIGOT, *Traité III*, pp. 478-498. Este facto reflecte-se no enquadramento teórico predominantemente dado à matéria. Cfr. o belga BINON, *Assurances de Personnes*, pp. 231-235 e 283-286. O autor começa por referir a estrutura triangular do seguro de grupo, constituída pelo que designa por um «feixe de relações jurídicas». A entidade empregadora seria o tomador e os trabalhadores os segurados. Todavia, cada uma das relações jurídicas entre o segurador e os segurados concretizar-se-ia por um contrato individual, celebrado pelo tomador em nome e por conta de cada um dos segurados. O financiamento do seguro assegurar-se-ia, em simultâneo, pelo tomador e pelos segurados, subdividindo-se os contratos individuais num contrato «de contribuição patronal» e num contrato «de contribuição pessoal». Fala-se no «Contrato A» (*allocations*), correspondente ao contrato «de contribuição patronal». No «Contrato C» (*cotisations*), que é o contrato «de contribuição pessoal». Pode ainda haver contribuições complementares facultativas do trabalhador, caso em que se fala ainda no «Contrato P» (*personnel*). Este seria um contrato celebrado em conformidade com o regulamento do seguro de grupo mas que não se incluiria no seguro de grupo: tratar-se-ia de um seguro individual. É bastante liberal este uso do termo «contrato». Cfr. ainda BINON/CRIJNS, *Assurance Groupe*, pp. 20-26.

2164 Cfr. a análise crítica de MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 5-15.

2165 Para MAGNUSSON, *Gruppenversicherung* (1966), p. 1, eram os seguintes os propósitos económicos reais por parte de todos os envolvidos na contratação de seguros colectivos: aumento da procura, diminuição de custos e apresentação de condições mais vantajosas para o mercado.

2166 Cfr. HUBRICH, *Gruppenlebensversicherung* (1928), pp. 27-29. O autor sustentava que a principal função do seguro de vida de grupo era o embaratecimento do seguro de vida, dedicando grande parte da sua monografia à questão da proibição dos contratos de benefício. Cfr. PROPPE, *Gruppenversicherung* (1936), pp. 8-10. O autor não tomava esta característica como um requisito do seguro de grupo, mas reduzia a sua função à diminuição dos custos com a negociação e contratação com a consequente obtenção de condições mais favoráveis para os segurados. Já o suíço DÜBY, *Kollektivversicherung* (1930), p. 112, distinguia entre as funções imediata e mediata do seguro de grupo. Este teria como única função imediata o embaratecimento da protecção do seguro, contudo, mediatamente, o seguro de grupo

permitida de contrato de benefício. Este seria a categoria mais ampla, dado que poderia corresponder a um verdadeiro contrato de seguro, individual ou de grupo, ou a um contrato que de algum modo previsse a subsequente celebração de contratos de seguro.²¹⁶⁷

Na sequência de indicações da entidade de supervisão, o seguro de grupo era normalmente definido, nos escritos mais antigos, simplesmente, como o contrato único em que se segura uma pluralidade de pessoas.²¹⁶⁸ A esta definição, acrescentava-se, por vezes, o requisito da existência de um único tomador.²¹⁶⁹ Dizia-se – e continua a dizer-se – que os esquemas em que cada um dos membros do grupo ocupa a posição de tomador do seu próprio contrato de seguro poderiam configurar seguros de grupo apenas em sentido impróprio.²¹⁷⁰

poderia ser usado como meio para atrair clientes, ou para atrair trabalhadores, mesmo em casos em que não se tratava de baixar os prémios que se conseguiriam negociar individualmente, mas antes de oferecer um produto que individualmente nunca ou raras vezes seria adquirido, como o caso dos caminhos de ferro. Historicamente, parece que a procura de novas possibilidades de embaratecimento dos prémios terá sido, efectivamente, um dos principais factores responsáveis pela disseminação do seguro de grupo na Alemanha. Nesse sentido, ZWONICEK, *Entwicklung*, p. 246. Curiosamente, se a função de obtenção de condições vantajosas, comparativamente à contratação individualizada de seguros, era saliente aos olhos alemães, já a doutrina de expressão francesa desde cedo sublinhou que a figura se apresentou a um número crescente de dirigentes de empresas como uma fórmula equilibrada de previdência social e de remuneração indirecta, sendo a sua função essencial proporcionar rendimentos complementares às pensões legais de reforma ou de sobrevivência, cobrindo os riscos de morte prematura e de velhice. Neste sentido, PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 722-723; e CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, p. 25.

2167 Cfr. as observações críticas de MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 13; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 884. Mais recentemente, SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 239, afirma que, embora o seguro de grupo seja na maioria dos casos um contrato de benefício, não é necessário que o seja, não se pondo em causa, de modo algum, a admissibilidade dos seguros de grupo que não estipulem condições mais favoráveis do que as praticadas no mercado para os seguros individuais. Contudo, não pode negar-se que é este um dos seus principais atractivos, e um dos principais motivos da sua rápida e constante proliferação pelo mundo, ao longo do séc. XX. Cfr. HEDGES, *Group Insurance*, p. 94, que observava que o seguro de grupo é o contrato de seguro mais democrático de todos, dado que procura aplicar o princípio da ajuda mútua ao número máximo de pessoas que conseguir, com o mínimo custo individual que estiver ao seu alcance.

2168 Cfr. PETERSEN, *Begünstigungsverträge* (1930), p. 298; ASCH, *Gruppenlebensversicherung* (1930), p. 2; BRAUN, *Gruppenlebensversicherung* (1930), p. 700; TESDORPF, *Gruppenlebensversicherung* (1936), p. 137; MÜLLER, *Gefolgschaftsversicherung* (1938), p. 1205; HEILMANN, *Gruppenlebensversicherung* (1941), p. 97; e ainda o suíço KOENIG, *VR* (1938), pp. 67-69; e *Schw. PVR* (1967), p. 217. Quanto ao direito suíço, note-se que, numa acepção ainda mais ampla da figura, a lei definia o «seguro colectivo» como o seguro que cobre uma pluralidade de coisas ou de pessoas seguras. Cfr. *infra* n. 2177.

2169 Cfr. LIPPERT, *Gruppenversicherung* (1936-1939), p. 225; HAGEN, *Annahme* (1936-1939), p. 66; MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung* (1939), pp. 729-730; e SCHWAN, *Anspruch* (1961), p. 3. Cfr. ainda os suíços MOSER, *Personalfürsorge* (1943), pp. 54-56; e GLÄTTLI, *Vers. Fremde Leben* (1947), p. 220-221.

2170 Neste sentido, MÖLLER em BRUCK/MÖLLER, *VVG I*, «Vor §§ 43-48» p. 537 m. 4. O autor distingue a actuação do tomador e a de um mediador com base na circunstância de o primeiro ser parte no contrato e, nessa qualidade, ser devedor do prémio perante o segurador, não obstante actuar por

É certo que, mesmo nos textos mais antigos, havia já quem notasse a falta de rigor dogmático da aglutinação de situações distintas a que semelhantes definições davam azo, concluindo que o universo dos seguros de grupo não se definia pelo tipo de relação jurídica entre o segurador e cada um dos membros do grupo, pelo que nesse universo caberiam contratos em que os participantes desempenhassem o papel de (i) tomadores; (ii) segurados; ou simplesmente (iii) pessoas seguras.²¹⁷¹ Havia mesmo quem dissesse que o conceito não era jurídico.²¹⁷² Sem pôr em causa a correcção histórica destas afirmações, a questão que elas pedem é, naturalmente, a de saber se estas definições serão de alguma valia teórica ou mesmo prática – se as desvantagens de semelhante aglutinação não superarão em muito as respectivas vantagens.²¹⁷³

Actualmente, não restam dúvidas, nas doutrinas de expressão germânica, de que estas definições são inutilizáveis.²¹⁷⁴ Desde logo porque incluem no seu seio realidades que, dogmaticamente, não devem assimilar-se ao conteúdo nuclear daquilo a que usa chamar-

conta dos membros do grupo. Caso se concluísse que cada um dos membros do grupo era tomador de uma relação contratual com o segurador, nesse caso a entidade com quem o segurador negociara seria na verdade um simples mediador.

2171 Nesse sentido, SCHWAN, *Anspruch*, pp. 5-7. Cfr. ainda as pp. 1-13. Sustentava o autor que, no universo dos seguros de acidentes pessoais de grupo, que constitui o objecto do seu estudo, podia haver contratos celebrados por conta do próprio tomador, caso em que, ou cada um dos membros do grupo se qualificava como tomador, ou havia apenas um tomador, que era quem negociava com o segurador, e os membros do grupo seriam meras pessoas seguras; ou ainda contratos celebrados pelo único tomador por conta das pessoas seguras, que assim seriam, simultaneamente, segurados. Cfr. o § 179 VVG. Neste preceito se dispõe que podem celebrar-se seguros de acidentes pessoais do próprio tomador ou de um terceiro (I). Na dúvida, o contrato considera-se celebrado por conta das pessoas seguras (II). Não o sendo, exige-se o consentimento das pessoas seguras (III).

2172 Neste sentido, KOOK, *Gruppenvertrag* (1939), pp. 7-14. O autor sustentava que a diversidade era de tal ordem, nos seguros colectivos, que muito dificilmente se encontraria uma definição jurídica do conceito, o que significava que a expressão «seguro colectivo» não correspondia a um conceito jurídico. Nesse contexto examinou as várias posições da doutrina sobre a unidade ou pluralidade de contratos de seguro, sobre a unidade ou pluralidade de tomadores, verificando não haver acordo quanto a estes aspectos, e acrescentando que a lei não exige, nem uma, nem a outra.

2173 Como apontou EHRENZWEIG, *Gruppenversicherungsvertrag*, p. 196, na falta de princípios normativos claros para a delimitação do conceito, cabe à doutrina construí-lo, tendo em atenção os elementos que lhe são fornecidos pelo seu uso prático – leia-se: tendo em atenção tais elementos sem no entanto se ater unicamente a eles.

2174 Decisiva, nesta matéria, foi a revisão de EHRENZWEIG, *Gruppenversicherungsvertrag*, pp. 196-199, ao *Gruppenversicherung* de MILLAUER. Foram de tal forma incisivas as críticas que o autor apontou às posições até então formuladas pela doutrina da época, e em particular por MILLAUER, que este alterou radicalmente o seu entendimento depois de ler o escrito de EHRENZWEIG. A segunda edição do seu *Gruppenversicherung* (1966), que reflecte já o novo entendimento do autor, é ainda hoje a principal obra de referência em matéria de seguro de grupo na Alemanha. Cfr. ainda MILLAUER, *Begriff*, pp. 280-281. Neste artigo o autor já rejeitara a posição vertida na primeira edição da sua monografia. Já se encontram neste curto artigo, ainda que em esboço, as ideias principais que viria a expor na segunda edição do seu *Gruppenversicherung*. Cfr. ainda, do mesmo autor, *Nochmals*, pp. 803-804; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 881-884.

se um seguro de grupo, e que a prática seguradora tão-pouco costuma caracterizar como seguro de grupo. Encontram-se, designadamente, nessa situação figuras como (i) os seguros sobre duas ou mais cabeças; (ii) os seguros dos interesses de vários comproprietários, ou em geral de vários interessados, numa mesma coisa; ou (iii) os seguros familiares.²¹⁷⁵ Em suma, nem em teoria nem na prática podem qualificar-se como seguros de grupo todos e quaisquer seguros que incluam uma pluralidade de tomadores, segurados ou de pessoas seguras.²¹⁷⁶ E muito menos uma pluralidade de coisas seguras.²¹⁷⁷

8.1.2. Os verdadeiros seguros de grupo

Apercebendo-se das deficiências resultantes de uma excessiva colagem às directrizes da entidade de supervisão, certa doutrina alemã procurou identificar de forma independente, e numa perspectiva de direito privado, as características de um seguro de grupo.²¹⁷⁸

Em primeiro lugar, o contrato de seguro de grupo é *um contrato* – com a tónica no número *um* – e não uma união ou qualquer outro agregado de contratos. E é um contrato *de seguro*²¹⁷⁹ – e não um contrato-quadro ou qualquer outro instrumento preparatório da

2175 Cfr. o art. 176.º/2 LCS.

2176 Neste sentido, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 5.

2177 Foi essa a opção do legislador suíço (cfr. os arts. 7 e 31 VVGch). Sobre esta definição mais ampla de «seguros colectivos», a única expressão usada na lei, mas que a doutrina fazia equivaler aos «seguros de grupo» alemães, cfr. MEINOW, *Gruppenversicherung* (1934), p. 5; e KOENIG, *Schw. PVR* (1967), p. 217. Os autores observavam que, neste sentido amplo, «seguro de grupo», ou «seguro colectivo», seria todo aquele em que, num único contrato, e segundo princípios uniformes, se protege um grande número de objectos seguros contra um mesmo risco. Mas nos escritos alemães mais antigos também encontramos partidários de definições igualmente amplas de «seguro de grupo» ou «seguro colectivo». Cfr. EHRENBURG, *VR I* (1893), p. 287. Cfr. ainda HAGEN, *Gruppenversicherung* (1930), p. 702, que também definia como sinónimas as expressões «seguro de grupo» e «seguro colectivo». Veja-se, todavia, a definição mais restrita que apresentaria em *Annahme* (1936-1939), p. 65. Já o suíço DÜBY, *Kollektivversicherung* (1930), pp. 96 e 106, que também via como sinónimos as expressões «seguro colectivo» e «seguro de grupo», distinguia a sua utilização num sentido amplo, que abrangeria a pluralidade de pessoas e de coisas, e num sentido estrito, que se restringiria à pluralidade de segurados. Mais recentemente, ainda com o mesmo sentido amplo, cfr. NEF, *Komm. Schw. VVG*, art. 7 pp. 147-148 mm. 2-5; e FUHRER, *Komm. Schw. VVG*, art. 31 p. 447 m. 5. Um exemplo dado por este último autor é o do seguro do recheio de uma casa, que seria sempre um seguro colectivo. Sobre o seguro de um conjunto de coisas, cfr. o art. 125.º LCS.

2178 A obra de referência é MILLAUER, *Gruppenversicherung*, maxime pp. 5-15.

2179 Cfr. KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 26; MAUCH, *Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag*, pp. 49-50 e 64; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 5-6; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 881. Para o direito português, cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 319-320. O autor só fala dos «seguros colectivos» a propósito dos seguros de vida. Mas reconhece que estes devem distinguir-se dos «contratos normativos» – contratos em que se estabelecem as condições gerais a que devem obedecer os vários contratos de seguro; e dos «contratos preliminares» – contratos em que as partes se obrigam a realizar os contratos definitivos (ou seja: contratos-promessas). O autor segue de perto DONATI, *Trattato III*, pp. 580-581. Cfr. ainda a distinção em DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 225-227.

celebração de um ou mais contratos de seguro.²¹⁸⁰ Estas duas características, que convém tratar em simultâneo, não são tão óbvias quanto pareceriam à primeira vista, dado que afastam do domínio dos seguros de grupo toda uma série de figuras que a indústria seguradora – e alguma jurisprudência e doutrina – qualificam habitualmente como seguros de grupo.²¹⁸¹

2180 Sobre o uso, no nosso país, do termo de origem francesa «contrato-quadro», cfr. MARIA HELENA BRITO, *Concessão Comercial*, pp. 197-202 (*maxime* pp. 198-199 n. 21). A autora usa o termo «contrato-quadro» como categoria genérica, que reúne no seu seio o contrato-promessa, o contrato normativo, o contrato de coordenação, e outras relações complexas em que um contrato inicial prepara a formação e/ou o conteúdo de um ou mais contratos posteriores (cfr. p. 199). RAQUEL REI, *Contrato-Quadro*, pp. 64-65 e 72-73, adopta um conceito mais estrito, explicando que, no contrato-quadro, podem distinguir-se duas componentes: (a) a estipulação de mecanismos destinados à celebração dos contratos de execução, ou mesmo a fixação das cláusulas de que estes irão compor-se; e (b) a regulação da relação duradoura entre as partes, independentemente – mas no pressuposto – da celebração dos contratos de execução. A autora observa que, se os negócios preparatórios em geral se extinguem quando se dá a celebração do contrato definitivo, o mesmo não se passa com o contrato-quadro, que permanece, acompanhando a vigência dos contratos de execução que preparou, e desempenhando um papel próprio, que não se confunde com o dos contratos de execução. Isto, não apenas porque a componente de regulação da relação duradoura entre as partes comporta em geral a criação de direitos e deveres, que perduram no tempo, mas também porque a sua função preparatória se distingue da função preparatória dos restantes contratos preliminares. Acrescento que a distinção está em que não se tem normalmente em vista um único contrato de execução, ou um número previamente definido de contratos de execução, pelo que esta função preparatória subsiste, paralelamente à vida dos contratos de execução previamente celebrados, enquanto subsistir a relação que levará as partes a celebrar novos contratos de execução. A autora distingue o contrato-quadro do contrato normativo, colocando em evidência não ser o primeiro hierarquicamente superior aos contratos de execução que se lhe seguem, embora possa dar por vezes essa ilusão, ao contrário de certos contratos normativos, designadamente no domínio do direito do trabalho, onde existe uma relação hierárquica entre um e outros. O contrato normativo foi primeiramente analisado, com esta designação, por HUECK, *Normenverträge*, pp. 33-118. Sobre a figura veja-se MESSINEO, *Contratto Normativo*, pp. 116-129. Esta perspectiva, que acaba por versar em grande medida, mas não totalmente, a mesma realidade subjacente ao contrato-quadro, sublinha a circunstância de certos contratos terem uma pretensão reguladora ou disciplinadora de outros contratos, um pouco à imagem de certos esquemas próprios do direito público. De entre os contratos normativos, usa-se distinguir os contratos internos, em que as partes são as mesmas que posteriormente celebrarão os contratos que se lhe seguem, e os contratos externos, em que apenas uma das partes e um ou mais terceiros celebrarão tais contratos. Cfr. MARIA HELENA BRITO, *Concessão Comercial*, pp. 192-194. Transpondo esta terminologia para o domínio do contrato-quadro, poderá dizer-se que, em sede de direito dos seguros, relevam apenas os contratos externos. O termo «contrato-quadro» é usado, neste estudo, com o sentido estrito de contrato base a que se segue a celebração dos chamados contratos de execução, e não no sentido mais abrangente reportado ao conjunto entre o contrato base e os vários contratos de execução. Neste último sentido, o termo é designadamente usado por RAQUEL REI, *Contrato-Quadro*, p. 64.

2181 Veja-se, por exemplo, SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 239; HOFMANN, *PVR*, p. 57; e, implicitamente, SCHIMIKOWSKI, *VVR*, p. 53. Cfr. ainda CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, p. 28. Os autores belgas caracterizam todos os seguros de grupo como se se tratasse de contratos-quadros seguidos de contratos individuais de seguro. Cfr. ainda pp. 56-57, 97-98, 131 e 170. Na parte em que estes últimos autores apresentam as principais definições doutrinárias,

Com estas características se relaciona uma terceira, a que já se fez referência: o contrato de seguro de grupo é um contrato com *um único tomador* – o subscritor – os participantes *não são* tomadores de um seguro de grupo.²¹⁸²

Torna-se evidente, uma vez apontada, a extrema conveniência de traçar com clareza a fronteira entre os seguros que reúnem estas três características e todos os demais – o que não significa que os demais seguros não relevem para este estudo. Veremos adiante que a fronteira se impõe por razões, quer dogmáticas, quer de regime. Seguindo a melhor

designadamente de origem francesa, não dão relevo à circunstância de não ser essa a figura que antes definiram (cfr. as citações a pp. 36-38 e 97). Contudo, a verdade é que a lei belga assim parece exigilo, designadamente, ao impor a subscrição de uma proposta de seguro por cada um dos membros do grupo, a emissão e entrega de uma apólice a cada um dos membros do grupo, e a aposição da assinatura de cada um dos segurados na respectiva designação beneficiária. Os autores notam, contudo, que aqui a lei belga se desviou da experiência anglo-americana, onde uma única *master policy* é entregue ao empregador, não recebendo os segurados mais do que um simples certificado de participação (cfr. *infra* n. 2260).

- 2182 Neste sentido, MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 2-3; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 13; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/ MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 882 (e doutrina citada *supra* n. 2169). Particularmente incisiva quanto a este aspecto é a doutrina norte-americana. Cfr. *Appleman on Insurance*, § 181.01 p. 4, sobre a noção de seguro de grupo nos EUA. É essencial a existência de um único contrato cobrindo uma pluralidade de segurados. Contudo, o requisito é por vezes interpretado com alguma generosidade, dado que alguns dos casos que no direito continental seriam tratados de outro modo são aqui qualificados como seguros de grupo. Esta obra chama a atenção para *Time Insurance Co. v Sams* (1988), em que o tribunal rejeitou a qualificação como seguro de grupo de um seguro de saúde de que beneficiavam os trabalhadores de uma dada clínica, com base nos argumentos de que a cobertura do seguro carecia de uma subscrição individual, embora fosse subscrita em simultâneo por vários trabalhadores, e de que os prémios eram pagos pelos segurados com parte da sua retribuição, não obstante as condições terem sido previamente negociadas pela clínica. O contrato foi tratado como um seguro individual. Cfr. *infra* n. 2239. BEAM, *Group Benefits*, pp. 8-9, afirma que o seguro de grupo cobre uma pluralidade de segurados por via de um único contrato celebrado com uma entidade distinta dos segurados – por exemplo, o respectivo empregador. Os segurados não são vistos como partes mas antes como terceiros beneficiários (*third party beneficiaries*). Nessa qualidade, podem fazer valer os termos do contrato. Também o canadiano BOIVIN, *Insurance Law*, p. 41, baseia a distinção entre os seguro individuais e de grupo na existência, ou não, de uma ligação contratual directa entre o segurador e os segurados. BEAM, *Group Benefits*, pp. 8-9 e 53, diz que os certificados de seguro que recebem são documentos probatórios da existência do seguro mas não fazem parte do contrato. Existem, no entanto, algumas decisões judiciais discordantes nesta matéria. Neste sentido, cfr. CRAWFORD/HARLAN, *Group Insurance*, pp. 28-36; e A. S. H., JR., *Group Insurance*, p. 488. Em caso de contradição entre a apólice e o certificado, a maioria das decisões judiciais vai no sentido de que prevalece o teor da primeira. Neste sentido, *Couch on Insurance*, pp. 40-44 e 40-45; e BEAM, *Group Benefits*, pp. 8-9. Cfr. ainda BAARS/SENNETT, *Fundamentals*, pp. 24-25. Já vimos que, nos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, a distinção entre tomador, segurado e beneficiário não é traçada nos moldes que nos habituámos a encontrar nos escritos continentais. Cfr. *supra* o texto junto à n. 2063. No que diz respeito aos seguros de grupo, fala-se antes num contrato tripartido, assacando a doutrina ao subscritor o desempenho de uma função de mediador, e discutindo-se, nesse contexto, se este actua como agente do segurador ou, pelo contrário, dos participantes. A resposta a esta questão parece depender de uma série de circunstâncias, que nesta sede não serão exploradas. Cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 937-952, *maxime* pp. 938-942; e MCGANN, *LHIL*, pp. 191-192. Sobre os seguros de grupo nos EUA, cfr. ainda CRAWFORD, *LHIL*, pp. 369-390. Sobre a figura da *agency* no direito anglo-americano, cfr. *supra* o texto junto à n. 2059. Também a doutrina de expressão francesa costuma sublinhar a estrutura triangular do seguro de grupo. Veja-se, por

doutrina, chamarei «seguros de grupo» apenas aos contratos que reúnam tais características. Para a categoria mais ampla, integradora dos demais seguros com uma pluralidade de participantes, reservarei a denominação «seguros colectivos».²¹⁸³ Faço-o com um alerta. A lei define o «contrato de seguro de grupo» como o que «cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador do seguro por um vínculo que não seja o de segurar».²¹⁸⁴ Nesta definição, facilmente se identificam as três características até agora apontadas aos seguros de grupo: cada um destes é um contrato, todos eles são contratos de seguro com vários participantes mas um único tomador. Contudo, veremos ao longo deste capítulo que a nossa lei, que nunca faz referência expressa aos seguros colectivos, não os deixa órfãos de regulação, referindo-se indistintamente a ambos, seguros de grupo e seguros colectivos, sob a designação única de «seguros de grupo». Impõe-se, por conseguinte, um afastamento da terminologia legal: o que a lei não distingue, temos nós de distinguir, em face dos regimes distintos a que chegamos pela interpretação.

Neguei o qualificativo de «seguros de grupo» aos contratos, ou uniões de contratos, com uma pluralidade de tomadores do seguro. Mas não podemos ficar por aqui. Haverá ainda que excluir todas as situações em que a pluralidade de pessoas seguras não corresponde a uma pluralidade de segurados. O mesmo é dizer que é nota necessária num seguro de grupo a estipulação de *uma pluralidade de segurados*. Para estarmos perante um verdadeiro seguro de grupo, este terá de ter sido celebrado *para* os participantes. Deverão ser estes os sujeitos do risco *coberto* pelo seguro – ou seja do risco de seguro: não é necessário nem suficiente que sobre eles incida também o risco primário. Nesse sentido aponta o disposto no art. 76.º LCS, quando se refere à cobertura de «riscos de um conjunto de pessoas».²¹⁸⁵ No mesmo sentido aponta, indirectamente, o disposto no art. 81.º LCS.

exemplo, BINON, *Assurances de Personnes*, p. 231.

2183 Cfr. *infra* o texto a seguir à n. 2230. Neste sentido, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 14-15, na senda de KOOK, *Gruppenvertrag*, pp. 9-10 e 14-19. Este último subdividia os seguros colectivos em três espécies: (i) o contrato de recomendação (*Empfehlungsvertrag*); (ii) o contrato-quadro (*Rahmenvertrag*); e (iii) o contrato de grupo (*Gruppenvertrag*). Distingua o primeiro do segundo porque naquele não se define sequer o conteúdo dos futuros contratos. Cfr. ainda BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 883-884. A expressão «seguro colectivo» terá sido cunhada por EHRENBURG, *VR I*, p. 287. É também essa (*Kollektivversicherung*) a expressão usada na lei suíça, embora com um sentido não inteiramente coincidente com este. Cfr. *supra* n. 2168. Cfr. ainda MAUCH, *Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag*, pp. 48-49.

2184 Art. 76.º LCS.

2185 Na legislação anterior, cfr. o art. 1.º/g) do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Deverá entender-se que aquele preceito se referia aos riscos de seguro e não aos riscos primários, dado que só os primeiros se cobrem, no sentido rigoroso da palavra.

Com efeito, tratando-se de um seguro por conta do próprio tomador, seria descabida a regra de serem as pessoas seguras a designar os respectivos beneficiários. Esta regra só se justifica na medida em que estas se qualifiquem, simultaneamente, como segurados.²¹⁸⁶

Tratando-se de seguros de pessoas, não se exige, portanto, que os participantes sejam as pessoas seguras: exige-se somente que sejam eles os segurados.²¹⁸⁷ O mesmo é dizer que *todo o seguro de grupo é um seguro por conta de outrem*: é celebrado pelo subscritor, como tomador, por conta dos participantes, os segurados. E é evidentemente a estes últimos, e somente a estes últimos, que se exige que tenham interesse no seguro.²¹⁸⁸ Inversamente, o seguro de grupo não será necessariamente um seguro a favor de terceiro – salvo disposição legal em contrário, inexistente no nosso sistema.²¹⁸⁹ Com efeito, também no domínio dos seguros de grupo se concebem hipóteses em que o subscritor retém para si a faculdade de exigibilidade, apesar de, como credor, poder apenas exigir que o pagamento seja feito, consoante os casos, aos segurados ou aos respectivos beneficiários. A questão não será nesta sede desenvolvida, na medida em que o seguro de grupo não apresenta a

2186 A regra é supletiva: pode a determinação da identidade dos beneficiários resultar injuntivamente das condições do seguro. Por exemplo, pode dispor-se que os beneficiários são os herdeiros dos participantes. Por trás de tais estipulações estão normalmente razões fiscais. Cfr. *supra* n. 1647. BINON, *Assurances de Personnes*, pp. 348-351, nota que a lei belga exige que as regras de determinação da identidade dos beneficiários sejam estipuladas nas condições gerais do seguro de grupo. O autor acrescenta que o mais vulgar é a designação em cascata (por níveis). Normalmente percorrem-se os vários níveis de herdeiros legais do segurado, com exclusão do Estado. E coloca-se em último lugar o fundo de financiamento do seguro de grupo. Embora a lei não o diga, o autor entende que subsiste a possibilidade de uma derrogação individual das regras do regulamento, por parte do segurado, embora sujeita ao consentimento do tomador na parte respeitante às suas próprias contribuições para o capital seguro.

2187 É de notar que na nossa lei, no geral reveladora de uma preocupação com a correcta utilização dos termos «segurado» e «pessoa segura», se confundem com alguma frequência ambas as qualidades no domínio particular dos seguros de grupo. Cfr., por exemplo, os arts. 78.º/2 e 187.º/2 LCS. A confusão já existia, designadamente, no art. 10.º/4 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Em ambos os casos, falando-se de pessoas seguras, pretende-se na verdade fazer referência aos segurados. A confusão não tem neste ponto consequências de maior, desde que se entenda que, não sendo as pessoas seguras, simultaneamente, segurados, o seguro não será na verdade um seguro de grupo, pelo que não se lhe aplicarão, nessa parte, os referidos preceitos.

2188 Cfr. os arts. 43.º/1 e 110.º/1 LCS.

2189 Pelos motivos acima apresentados quando se contrapuseram as categorias do seguro por conta e do seguro a favor de terceiro (cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2053). No que aos seguros de grupo diz respeito, cfr. SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 239. A exigência de «uma pluralidade de relações individuais de seguro com pretensão própria das pessoas seguras» devia contribuir para a conclusão de que, nos seguros de vida como nos demais, se trata aqui de um seguro por conta de outrem, em que os participantes são segurados, e não meras pessoas seguras. Já para o suíço MAUCH, *Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag*, pp. 115-116, o seguro de grupo nunca seria um contrato a favor de terceiro, porque em sua opinião o tomador permanece sempre o único credor do segurador. Dir-se-á que, nem tanto ao mar, nem tanto à terra...

este respeito especialidades relativamente ao que já foi dito a propósito dos seguros individuais.²¹⁹⁰

Uma vez que todo o seguro de grupo se celebra por conta dos participantes, não é seguro de grupo, nomeadamente, o chamado «seguro de elemento-chave», em que uma empresa se segura a si própria, como tomador-segurado, contra os prejuízos decorrentes da morte ou incapacidade de um ou mais trabalhadores que considere essenciais ao seu negócio.²¹⁹¹ Como não eram seguros de grupo os seguros em tempos celebrados pelos comerciantes de escravos, cobrindo-se a si próprios dos riscos de perda ou danificação da «mercadoria» que faziam transportar de África para o Novo Mundo. E tão-pouco é seguro de grupo o que poderá chamar-se «seguro de retrocobertura».²¹⁹² Neste, o tomador-segurado – tipicamente, uma empresa – acorda com o segurador que este cubra todos os pagamentos que o primeiro se encontre obrigado a fazer aos seus trabalhadores, designadamente em virtude de convenção colectiva, relativos ao plano complementar da segurança social por si implementado. Formalmente, parece tratar-se de um seguro de responsabilidade, num sentido amplo do termo, próprio dos direitos de matriz anglo-americana, que abranja os próprios deveres de prestar e não somente os de indemnizar, funcionando no entanto, na perspectiva actuarial, como qualquer outro seguro de vida, e sendo normalmente comercializado por seguradores autorizados a actuar no ramo vida.²¹⁹³

2190 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2053.

2191 Sobre o *key-person insurance*, cfr. *supra* n. 498. Também não eram seguros de grupo os seguros em tempos celebrados pelos comerciantes de escravos, cobrindo-se a si próprios dos riscos de perda ou danificação da «mercadoria» que faziam transportar de África para o Novo Mundo.

2192 *Rückdeckungsversicherung*. Sobre o seguro de retrocobertura, cfr. KLINGMÜLLER, *Rückdeckungsversicherung*, pp. 390-393. Vejam-se ainda MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 7-8; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 66-68; BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 886-888; WINTER, *Gruppenspitze*, p. 26; e KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, *VVG*, «Vor § 159» p. 900 m. 32. Os autores observam que a indústria seguradora distingue, nos seguros de vida de grupo, entre o seguro directo e o seguro de retrocobertura. Evidentemente, trata-se de uma acepção distinta daquela em que a expressão «seguro directo» se usa em contraposição ao resseguro. Curiosamente, alguns destes autores observam que a distinção entre as figuras se faz na pessoa do beneficiário – e não do segurado. Esta confusão decorre da rejeição da figura do seguro de vida por conta de outrem, sobre que falei já em seguida. KOLLHOSSER qualifica-o como um «seguro de grupo», mas das poucas vezes que utiliza a expressão depreende-se que a usa num sentido amplo (cfr., por exemplo, p. 899 m. 27). MILLAUER observa ainda que a distinção entre o seguro directo e o seguro de retrocobertura não é totalmente cristalina, entendendo que não pode ser totalmente enquadrada nos quadros do direito civil. Sobre a discussão a que tem dado azo, no panorama norte-americano recente, o recurso progressivo ao mecanismo do seguro, por conta própria, de uma pluralidade de pessoas seguras, cfr. *supra* n. 498.

2193 Cfr. KLINGMÜLLER, *Rückdeckungsversicherung*, pp. 390-393. O autor nota que esta modalidade de contrato de seguro é um exemplo moderno de como as fronteiras entre os seguros de danos e os seguros de capitais, ou entre os seguros de património e os seguros de pessoas, nem sempre são fáceis de traçar. O autor qualifica o seguro de retrocobertura como um seguro de pessoas, mais

Julgo conveniente abrir um parêntese para observar que é nesta matéria que a doutrina alemã apresenta uma construção menos clara, fluida ou coerente. Em lugar de afirmar, simplesmente, que o seguro de grupo, na sua pureza, exige que os participantes ocupem a posição de segurados, os autores alemães optam, na sua generalidade, por um caminho intermédio, algo hesitante, sustentando antes que isso nem sempre acontece, porque os seguros de vida de grupo, e somente esses, seriam necessariamente celebrados por conta do próprio subscritor, e nunca por conta dos participantes: corresponderiam antes a meros «seguros sobre a vida de terceiro».²¹⁹⁴

Na senda da entidade de supervisão, certa doutrina alemã mais antiga começara por tomar como ponto de partida uma simples bipartição, nos seguros sobre uma pluralidade de vidas, entre seguros directos e de retrocobertura.²¹⁹⁵ Teríamos, por um lado, os seguros celebrados por conta dos participantes, por virtude dos quais se lhes conferiria uma pretensão contra o segurador: eram os seguros directos. Por outro lado, teríamos os seguros celebrados por conta do próprio subscritor, em cujos termos seria este o único segurado e o único titular de uma pretensão contra o segurador: eram os seguros de retrocobertura.²¹⁹⁶ Aos primeiros deveria aplicar-se o regime do seguro por conta de

precisamente um seguro de vida, sujeito ao regime jurídico e actuarial dos seguros de vida, celebrado por empresas seguradoras autorizadas a actuar no ramo vida. Em sua opinião, não se trata de um seguro de responsabilidade civil, na medida em que o seguro não responde pelo incumprimento mas antes disponibiliza os montantes necessários ao cumprimento de um contrato, ele próprio em grande medida aleatório, geralmente a convenção colectiva. O autor acrescenta que não é um seguro de danos, aparentemente porque, de contrário, teríamos de procurar os danos concretos de cada um dos trabalhadores, mas na verdade a esfera patrimonial relevante é unicamente a do tomador-segurado. Será um seguro de danos na medida em que o tomador só recebe exactamente o que tem de pagar e não mais – está proibido de enriquecer à custa do segurador.

2194 *Lebensfremdversicherung*. Regulado no § 159 VVG. De início foi particularmente influente a posição adoptada por MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung* (1939), pp. 730-731. Cfr. ainda MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 68-74; e WINTER, *Gruppenspitze*, pp. 26-27. Este último afirmava, peremptoriamente, que o direito dos seguros de vida «só conhece o seguro por conta própria sobre a vida de um terceiro» (p. 26). O autor sustenta que nem o regime dos seguros por conta outrem lhes seria apropriado. Dá o exemplo do disposto no § 76 VVG (desnecessidade do consentimento do segurado). No seguro de vida de grupo, continuava, não existe a possibilidade da entrada automática dos membros do grupo no seguro, com a sua entrada no grupo, porque se lhes exige o seu consentimento (§ 159 II VVG).

2195 Sobre esta bipartição, cfr. *supra* n. 2192 (e o texto junto à mesma). Sobre a evolução que a este respeito se verificou nas directrizes emitidas pela entidade de supervisão, cfr. v. D. THÜSEN, *Unmittelbare Rechtsanspruch*, pp. 155-156.

2196 Neste sentido, TESDORPF, *Gruppenlebensversicherung* (1936), pp. 136-140; e v. D. THÜSEN, *Unmittelbare Rechtsanspruch* (1954), pp. 155-157. Os autores defendiam a aplicação do disposto nos §§ 74-80 VVG aos seguros de vida de grupo. O último autor sustentava que a concessão de pretensões imediatas constitui uma lacuna, sendo necessário recorrer à analogia, que neste caso se justifica dado que o subscritor cuida dos interesses dos segurados e suas famílias e não do seu próprio interesse. Em *Ansprüche* (1957), pp. 259-260 e 263, por sua vez, acrescentaria que a lei alemã distingue os seguros

outrem.²¹⁹⁷ Aos segundos aplicar-se-ia antes o regime do seguro sobre a vida de terceiro.²¹⁹⁸

Esta posição pressupunha ou exigia – não era inteiramente claro – que, nos seguros directos, os participantes fossem titulares de uma pretensão contra o segurador, o que, se estava em linha com o que resultava da aplicação a estes contratos das regras injuntivas dirigidas aos seguros por conta de outrem, não estava em linha com as exigências do mercado, que já na altura pedia maior flexibilidade, nos seguros de grupo mais do que nos

por conta própria e por conta de outrem consoante respeitem ao interesse próprio ou ao de terceiros, enquanto a lei suíça, pelo contrário, os distingue consoante haja ou não uma pretensão directa do terceiro à prestação do segurador – o que significaria que pelo menos alguns seguros de grupo de vida teriam de qualificar-se como seguros por conta de outrem. Sustentava que o seguro de acidentes pessoais tanto pode ser celebrado no interesse próprio como no de terceiros, e que o seguro de vida contemplaria as seguintes possibilidades: (i) seguro da própria vida no interesse próprio; (ii) seguro da própria vida no interesse alheio; (iii) seguro da vida alheia no interesse alheio; e (iv) seguro da vida alheia no interesse próprio. Próximo destes autores posicionava-se ERICH PRÖLSS, *VVG 15.* (1965), § 159 pp. 742-743 m. 2B. O autor entendia que os seguros de grupo não eram, em rigor, seguros por conta de outrem, mas que tais preceitos deveriam aplicar-se-lhes por analogia.

2197 Os §§ 74-80 VVG.

2198 O § 159 VVG. Questão muito discutida, na doutrina alemã dos últimos oitenta anos, é a de saber se, nos seguros de vida, o consentimento escrito da pessoa segura é sempre necessário, em virtude do disposto no § 159 II VVG. De acordo com este preceito, celebrando-se um seguro de vida em caso de morte de um terceiro, e ultrapassando o montante da prestação do segurador a cobertura das despesas de funeral, é necessário, para que o contrato seja válido, o consentimento escrito do terceiro. O montante a partir do qual se entende que o seguro de vida não cobre apenas despesas de funeral é estabelecido pela entidade de supervisão. DREWS, *Zustimmung*, pp. 640-641. Dado que, para os autores acima referidos, as figuras do seguro de vida por conta de outrem e do seguro sobre a vida de terceiro se excluía mutuamente, só aos segundos se aplicaria o requisito do consentimento escrito da pessoa segura, constante do § 159 II VVG. Cfr. KOOK, *Gruppenvertrag*, pp. 44-47. O autor defendia que o seguro de vida de grupo, na modalidade de seguro directo, era uma modalidade especial de seguro de vida à qual se aplicaria, não o § 159 II VVG, mas antes, analogicamente, o § 179 II VVG. TESDORPE, *Gruppenlebensversicherung*, pp. 135-142, salientava a concessão, aos participantes, de uma pretensão imediata contra o segurador, o que tornaria as pessoas seguras em sujeitos e não em meros objectos do contrato, e portanto em segurados, titulares do interesse seguro e dos direitos fundados no contrato. As pessoas seguras só precisariam de protecção contra os seguros que buscassem o lucro à custa da sua vida ou saúde, tratando-os como meros objectos. Esta argumentação encontraria eco na posição do italiano DONATI, *Trattato III*, pp. 588-589. O autor sustentava que a exigência do consentimento não se aplicaria quando o interessado no seguro era o próprio terceiro cuja vida se segura, ou seja, que a exigência não se aplicaria aos seguros sobre a vida de terceiro celebrados por conta desse terceiro – o que abrangeria os seguros de grupo. Semelhante posição foi defendida por ERICH PRÖLSS, *VVG 15.*, § 159 p. 742 m. 2B. O autor foi um pouco mais longe, ao admitir que o consentimento seria dispensável ainda nos casos em que os participantes fossem devidamente informados pelo tomador acerca do conteúdo do seguro. Já a doutrina alemã que veio a tornar-se maioritária recusa aplicar ao seguro de grupo de vida o regime do seguro por conta de outrem, o requisito do consentimento da pessoa segura não podia afastar-se, ou, a afastar-se, teria de ser com outros argumentos. Havia, designadamente, quem sustentasse a possibilidade de um «consentimento presumido», essencialmente com base nas dificuldades práticas de uma recolha do consentimento escrito de todas as pessoas seguras. Neste sentido, HEILMANN, *Gruppenlebensversicherung*, pp. 98 e 118-120. O autor defendia que a reunião de centenas ou milhares de consentimentos escritos era por vezes uma impossibilidade técnica. A generalidade da doutrina apontava, no entanto, no sentido contrário, insistindo na necessidade de obtenção, em todos os

individuais – o que terá levado a maioria da doutrina a enveredar por um caminho distinto.²¹⁹⁹ Em lugar de tomar como alternativos o seguro de vida por conta de outrem e o seguro por conta própria sobre a vida de terceiro, a doutrina maioritária passou a retirar do regime deste último a nulidade do primeiro.²²⁰⁰ Para alguns autores, o afastamento do seguro de vida por conta de outrem dever-se-ia ainda, mais genericamente, à qualificação do seguro por conta como um seguro do interesse alheio, sendo o interesse, em seu entender, um exclusivo dos seguros de danos – a doutrina mais radical não admite sequer a existência de seguros de saúde ou de acidentes pessoais por conta de outrem.²²⁰¹ Este argumento doutrinário somava-se, como vimos, a razões de conveniência prática. Mas não era só a imposição legal de uma pretensão do segurado contra o segurador que afastava os autores. No regime alemão, nem sempre a titularidade material dos direitos de crédito se fazia acompanhar da respectiva faculdade de disposição, que nos seguros por conta de outrem ficaria retida, segundo a regra supletiva, na pessoa do tomador. Entendia

casos, do consentimento escrito de todas as pessoas seguras. Nesse sentido, KOLLHOSSER em PRÖLSS/MARTIN, § 159 p. 909 m. 14. Cfr. ainda DREWS, *Zustimmung*, p. 640. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 74-77, defendia que a falta do consentimento escrito da pessoa segura, no seguro de vida de grupo, gerava invalidez parcial, na parte que cobria o risco da pessoa em causa. Note-se que o autor não deixou de reconhecer que se passava o contrário no domínio dos seguros de acidentes pessoais, em que eram raros os seguros de grupo celebrados por conta do próprio subscritor, sendo na generalidade dos casos estes seguros celebrados por conta das pessoas seguras, quer a estas fosse também concedida a faculdade de disposição, quer não fosse (pp. 78-81). No mesmo sentido, MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, p. 731. Também MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 6-7, defendia a necessidade de consentimento das pessoas seguras nos seguros de vida de grupo. Mais recentemente, veja-se, neste sentido, DREWS, *Zustimmung*, pp. 634-642. HOFMANN, *PfV*, p. 328, sustentava também que, nos seguros de vida de grupo, se exigia o consentimento escrito das pessoas seguras, nos casos em que estas não fossem simultaneamente tomadores – isto no seguro directo como no de retrocobertura. Referia em apoio da sua posição BGH 07.05.1997 (sobre o seguro de retrocobertura). As dificuldades práticas da reunião de um elevado número de consentimentos escritos nos seguros de vida de grupo acabaram por ser parcialmente resolvidas no § 150 II VVG 2008. Este preceito dispensa o requisito nos seguros de vida de grupo celebrados por entidades empregadoras com o intuito de disponibilizar um complemento de reforma aos respectivos trabalhadores. Ao fazê-lo, dificultou a tarefa de quem pretenda defender a desnecessidade do consentimento nos demais seguros de grupo.

2199 No regime dos seguros por conta de outrem, cfr. sobretudo o disposto no § 75 I 1 VVG (cfr. *supra* n. 2073). MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 68-74, sustentava que a posição da doutrina que qualificava o seguro de vida de grupo como um seguro por conta de outrem se baseava na ideia infundada de que aquele seria sempre um contrato de benefício, na ideia de que aos participantes se conferia necessariamente uma pretensão relativa à totalidade, ou pelo menos a parte da prestação do segurador. E que, por isso, seriam necessariamente segurados, para além de pessoas seguras. O autor entendia que não era necessariamente assim, pelo menos nos casos de seguros não contributivos. Concordava com KOOK, *Gruppenvertrag*, pp. 47-49. Este autor entendia que nem sempre haveria uma pretensão dos membros do grupo contra o segurador. Todavia, sempre que houvesse, entendia dever aplicar analogicamente o § 179 II VVG.

2200 Este tema já foi tratado. Cfr. *supra* n. 1994. Neste sentido, especificamente quanto aos seguros de vida de grupo, veja-se MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 730-731.

2201 Também já o vimos acima. Cfr. *supra* nn. 474-477.

a doutrina que a aplicação deste regime no domínio dos seguros de vida conduziria por vezes a resultados grotescos.²²⁰²

Em suma, o sentimento de que se impunha um reconhecimento da liberdade do subscritor de um seguro de vida de grupo de conferir ou não aos participantes, ou respectivos beneficiários, uma pretensão contra o segurador, e a recusa de que essa pretensão, a existir, pudesse separar-se da respectiva faculdade de disposição, levaram a doutrina alemã maioritária a recusar-lhe a qualificação de seguro por conta de outrem²²⁰³ – com a consequência, dogmaticamente perniciosa, de se concluir que o seguro de vida de grupo se celebraria *sempre* por conta do próprio subscritor.²²⁰⁴⁻²²⁰⁵ Parte da doutrina

2202 Apontava-o v. D. THÜSEN, *Ansprüche*, pp. 261-262. No que aos seguros de vida de grupo diz respeito, vejam-se ainda, por exemplo, neste sentido, HEILMANN, *Gruppenlebensversicherung*, pp. 100-107; KÜSTNER, *Gruppenlebensversicherung*, pp. 575-577, sublinhando a liberdade do subscritor para conferir ou não aos participantes uma pretensão contra o segurador, tornando-os beneficiários, ao contrário do que decorreria do regime do seguro por conta de outrem; e WINTER, *Rechte Dritter*, pp. 48-49, sustentando que estes não só não seriam seguros por conta de outrem como o regime destes nem por analogia deveria aplicar-se-lhes. A mesma posição defendiam MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 730-732; e EHRENZWEIG, *Gruppenversicherungsvertrag*, p. 199. Estes autores sustentavam que nem sempre haveria uma pretensão dos participantes contra o segurador, mas que, ainda que esta existisse, nem por isso deveria aplicar-se aos seguros de vida de grupo, directa ou analogicamente, o regime dos seguros por conta de outrem. Já o suíço ROTH, *Gruppenversicherung*, p. 44, não se vendo a braços com semelhantes constrangimentos legais, rejeitava as posições de quem encarava como alternativas as teorias da qualificação do seguro de grupo como um seguro sobre a vida de terceiro, a favor de terceiro ou por conta de terceiro, preferindo vê-las a todas como construções possíveis.

2203 Cfr. WILHELM/FAHL, *Anfechtung* (2007), p. 1339. Os autores reforçam as conclusões da doutrina com fundamento numa directriz da entidade de supervisão, emitida em 1990. A entidade de supervisão era, nessa altura, o *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*. Cfr. os n.ºs 2 e 3 dos *Rundschreiben* R 3/90 de 31.07.1990, em 1990 VerBAV, p. 339. De acordo com esta directriz, no que concerne aos seguros de grupo celebrados por fornecedores de bens ou prestadores de serviços, incluindo mediadores, em benefício dos seus clientes, não obstante a aplicação desse regime, deveria nesses casos ter-se por afastada a regra que faria depender da anuência do tomador o exercício dos direitos conferidos no contrato aos segurados. Os autores concluem que, desta determinação, resulta claro que os seguros de grupo – e não apenas os seguros de vida de grupo – não seriam seguros por conta de outrem no sentido dos §§ 74-80 VVG. A situação em nada se alterou com a reforma, salvo quanto à determinação de que o requisito do consentimento não se aplicaria a certas modalidades de seguros colectivos (cfr. o § 150 II VVG 2008).

2204 Neste sentido, MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 730-731. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 68-74, também sustentava que assim era, efectivamente, porque o subscritor não estaria obrigado a conferir qualquer pretensão aos participantes, ficando na sua discrição decidir se e quando a conferia. Há aqui uma certa inversão de raciocínio: o regime do seguro por conta de outrem determina, injuntivamente, que só o segurado pode ser titular dos «direitos decorrentes do contrato». Cfr. o § 75 I VVG. Uma aplicação correcta deste preceito levar-nos-á, em primeiro lugar, a averiguar se um dado seguro, em concreto, foi celebrado por conta de outrem. Se o foi, por força da lei, a pessoa ou pessoas que nesse seguro ocupam a posição de segurados serão titulares de tais direitos. O autor, inversamente, no que é acompanhado pela maioria da doutrina alemã, pressupõe que haveria casos em que o subscritor não estaria em abstracto obrigado a conferir tais direitos aos visados, não interessando se na realidade o terá feito. A inexistência de semelhante obrigação afastaria, desde logo, o regime do seguro por conta de outrem. O raciocínio não procede.

2205 No que não é acompanhada pela melhor doutrina suíça, na ausência dos constrangimentos legais a que a doutrina alemã se encontrava adstrita. DÜBY, *Kollektivversicherung* (1930), pp. 94-97, defendia já

entende que, no seguro de vida, o terceiro-segurado não desempenharia qualquer papel, uma vez que o objectivo de beneficiar o terceiro se satisfaria integralmente por via da designação beneficiária.²²⁰⁶ Alguns autores, diferentemente, reconhecem a existência de uma importante diferença entre ambas as figuras: que o segurado assume a sua posição, e começa a beneficiar da cobertura, *desde o momento da sua entrada em vigor*, enquanto o beneficiário, salvo disposição em contrário, apenas adquire o direito à prestação *com a ocorrência do sinistro*. Tendem então para a defesa de que, nos seguros de grupo, a posição dos participantes seria ainda mais forte do que a dos segurados nos seguros por conta – o que parece entrar em contradição com a ideia de que aqueles se celebrariam por conta do subscritor.²²⁰⁷

que os verdadeiros seguros de vida de grupo eram seguros por conta de outrem, cujos participantes seriam necessariamente segurados, explicando que, nos casos em que o seguro se celebrava por conta do tomador, não tínhamos a reunião, num único contrato, da cobertura de vários interesses individuais, não se tratando, nesses casos, de seguros de grupo em sentido estrito, mas apenas em sentido amplo (cfr. ainda p. 107). O autor acrescentava que o subscritor podia agir de forma interesseira, tendo os seus próprios motivos para celebrar o contrato de seguro de grupo, mas que só os segurados teriam o interesse de seguro, tecnicamente falando. Isso só não aconteceria nos casos, menos frequentes, em que o subscritor segurava o seu próprio interesse na vida das pessoas seguras. O autor dava o exemplo da entidade empregadora que segura o seu interesse económico na vida dos seus principais trabalhadores (actualmente, «seguro de elemento-chave» ou *key-person insurance*). Só nestes últimos casos, de seguros sobre a vida de terceiros, e não por conta de terceiros, se exigiria o consentimento de tais terceiros (§ 159 II VVG). Cfr. ainda a austríaca WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 100-107, para quem o seguro de grupo é um seguro por conta de outrem que, no entanto, se distingue das demais formas de seguro por conta de outrem pelo papel mais «oficial» do subscritor (como *Funktionsträger*). Explica a autora que, no seguro de grupo, o subscritor deve reunir toda uma série de requisitos muito específicos.

2206 Alguma doutrina chega ao extremo de afirmar que, sendo o seguro de vida de grupo – sempre – um seguro sobre a vida de terceiros por conta do próprio tomador, que normalmente é uma entidade empregadora, será esta, em todos os casos, a única titular da pretensão contra o segurador. Os trabalhadores seriam, em todos os casos, meras pessoas seguras, dado ocuparem no contrato a posição de objecto, semelhante à de uma coisa segura nos seguros de coisas. Neste sentido, MOSER, *Personalfürsorge*, p. 56. Cfr. ainda WINTER, *Gruppenspitze*, pp. 26. Depois de afirmar que, no seguro de vida de grupo, o beneficiário adquire o direito à prestação com a ocorrência do sinistro, dizia o autor que, em princípio, o titular do direito de designação do beneficiário seria o tomador (§ 166 I VVG). Acrescentava que este podia conceder aos participantes o poder de designarem, eles próprios, os respectivos beneficiários. Afirmava que esta era uma cláusula habitual nestes contratos, dispondo-se que os participantes tinham um direito irrevogável à prestação, na parte da prestação correspondente à sua contribuição, podendo livremente designar os beneficiários, e um direito revogável ao remanescente em caso de sobrevivência, sendo os beneficiários os resultantes da ordem estabelecida na cláusula, em caso de morte (o último da lista, a seguir a cônjuge, descendentes e ascendentes, é ou os herdeiros ou o próprio tomador). O autor não acusa a contradição entre este regime e quase todas as afirmações da doutrina alemã sobre a posição dos participantes, para justificar ser este um seguro celebrado por conta do próprio subscritor.

2207 Cfr. v. D. THÜSEN, *Unmittelbare Rechtsanspruch*, p. 157. O autor observava que, não obstante ambas as figuras fazerem uso da categoria do contrato a favor de terceiro, uma coisa era atribuir-se uma pretensão ao segurado contra o segurador, e outra, muito distinta, era atribuir-se uma pretensão ao beneficiário de um seguro de vida. Embora ambos sejam terceiros beneficiários, no sentido em que a expressão é usada no regime do contrato a favor de terceiro, só o último deveria qualificar-se como beneficiário no sentido em que o termo é usado nos seguros de pessoas. Neste sentido, os

Em virtude dos constrangimentos legais com que tem de lidar, não há na doutrina alemã uma consciência generalizada de que são absolutamente equivalentes aos dos (restantes) seguros por conta as situações em que o subscritor – pense-se no caso paradigmático de um empregador – celebra um seguro sobre a vida de uma pluralidade de pessoas – por exemplo: os seus trabalhadores – cabendo a estes indicar quem irá beneficiar com a sua morte ou determinando-se a identidade dos beneficiários em função da sua pessoa. A doutrina alemã não aceita, pelos motivos expostos, que este exemplo seja dogmaticamente equivalente ao de um subscritor, empregador, que celebra um seguro de acidentes pessoais por conta dos participantes, seus trabalhadores.²²⁰⁸ O que dá azo à seguinte construção:

«Na medida em que, pelo contrário, um seguro seja contratado, não para os membros do grupo, mas para o tomador, querendo este, portanto, reservar para si próprio as respectivas pretensões, deve ao menos tratar-se de uma cobertura de riscos que se realizem nas esferas individuais dos membros do grupo. Só com esta condição pode aqui falar-se de uma relação suficientemente próxima entre o grupo e a celebração do seguro.»²²⁰⁹

De acordo com esta tese, só seriam seguros de grupo os seguros contratados (i) «para» os membros do grupo: como segurados; ou, tratando-se de seguros de vida, (ii) os seguros contra um risco «suportado pelos próprios participantes».²²¹⁰ De onde se retira a

trabalhadores por conta de quem um seguro de vida de grupo fosse celebrado, embora pudessem ser terceiros beneficiários, não seriam beneficiários, mas sim segurados. Este aspecto parece ter sido esquecido pela doutrina maioritária que se recusa a ver no seguro de vida de grupo um seguro por conta de outrem. Mais recentemente, cfr. WILHELM/FAHL, *Anfechtung* (2007), p. 1339. Os autores, não só reconhecem a diferença, como vão mais longe, afirmando, desta feita, que é mais forte a posição do segurado de um seguro de grupo do que a posição do segurado num seguro por conta de outrem. Fundam-se numa directriz da entidade de supervisão que, não só afasta a regra que faria depender da anuência do tomador o exercício dos direitos conferidos no contrato aos segurados, em certos seguros de grupo, como restringe os meios de defesa oponíveis pelo segurados a tais segurados (cfr. a identificação da directriz *supra* n. 2203).

2208 A doutrina de expressão francesa, pelo contrário, não tendo de se avir com semelhantes constrangimentos legais, costuma aceitá-lo sem hesitações. Veja-se, por exemplo, PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 723; ou FONTAINE, *Assurances*, p. 468. O mesmo se diga da doutrina italiana. Cfr., por todos, DONATI, *Trattato III*, pp. 63 e 585-615.

2209 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 11. Cfr. ainda BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 881-882.

2210 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 10. Cfr. pp. 10-12. Em *Nochmals*, pp. 803-804, o autor declara que, anteriormente, havia partilhado da opinião de que o seguro de grupo teria de celebrar-se para os membros do grupo, ou seja, que teria de ser celebrado por conta de outrem, mas que se viu obrigado

conclusão de que seriam também seguros de grupo os seguros de vida celebrados por conta do próprio subscritor, em que aos participantes se reconhece apenas a qualidade de pessoas seguras ou, em simultâneo, a qualidade de beneficiários. A fronteira não é traçada com clareza: estes últimos só seriam seguros de grupo no caso de os riscos serem «dos participantes».²²¹¹ Aparentemente, os autores referem-se aos riscos primários, visto que, por definição, os riscos de seguro respeitam sempre aos segurados.²²¹²

No nosso ordenamento, na ausência dos constrangimentos legais com que se debate a doutrina alemã, em lugar de criarmos semelhante zona cinzenta, podemos simplesmente afirmar que o seguro de grupo tem de celebrar-se por conta dos participantes – que só será seguro de grupo, em sentido estrito, o seguro cujos participantes ocupem a posição, não de pessoas seguras, mas *de segurados*. A inclusão, na definição de seguro de grupo, dos seguros de uma pluralidade de pessoas seguras deixaria aliás por explicar a razão de se de se excluírem dessa definição os seguros de uma pluralidade de coisas seguras, na medida em que, como vimos, o papel desempenhado pelas pessoas seguras não se distingue, juridicamente, do papel desempenhado pelas coisas seguras.²²¹³ Em nenhum dos casos estes seguros justificariam, juridicamente, a criação de uma categoria autónoma, dado em tudo se lhes aplicar, sem necessidade de adaptação, o regime dos seguros individuais. A única diferença entre a pessoa e a coisa segura estaria na exigência do seu consentimento para a celebração de um seguro sobre a sua própria vida.²²¹⁴ Simplesmente, essa exigência aplica-se, indistintamente, aos seguros individuais e de grupo.²²¹⁵

Fechado o parêntese, verificamos que não nos chegam as quatro características até agora apontadas aos seguros de grupo, porque no conjunto de casos que reúnem tais características ainda se encontram alguns que se torna necessário afastar, que mais não seja por não se lhes aplicar o respectivo regime. Com efeito, para além de se tratar de contratos de seguro com um único tomador e uma pluralidade de segurados, é necessário

a concluir que uma tal definição seria demasiado estreita.

2211 Neste sentido, BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 882; e SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 239.

2212 A mesma desconsideração da diferença entre riscos primários e de seguro aparece em DONATI/PUTZOLU, *Manuale*, pp. 225-227. Os autores definem o seguro de grupo como o seguro que incide sobre a integridade física ou sobre a vida de uma pluralidade de pessoas.

2213 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1636.

2214 Sobre esta exigência, cfr. *supra* o texto a seguir à n. 1695.

2215 Embora com a limitação, quanto aos últimos, constante do art. 43.º/3 LCS.

acrescentar que só são verdadeiros seguros de grupo os seguros que cubram os riscos *de um grupo* de segurados, e não de uma qualquer pluralidade de segurados.²²¹⁶ Esta característica encontra apoio na lei: os participantes terão de ser pessoas «ligadas ao tomador por *um vínculo que não seja o de segurar*».²²¹⁷

Faz-se aqui referência ao texto da lei mas – note-se – trata-se, antes de mais, de um requisito de qualificação, e não (apenas) de um requisito de admissibilidade do contrato. Não havendo qualquer ligação entre os participantes, ou entre os participantes e o subscritor, para além da resultante do contrato de seguro de grupo, a actuação do subscritor deverá integrar-se unicamente nos quadros da mediação de seguros, devendo respeitar as condições de acesso à actividade resultantes da lei.²²¹⁸ Na perspectiva do direito privado, que não depende da admissibilidade ou inadmissibilidade institucional da actuação do subscritor, a figura contratual daí resultante não poderá qualificar-se como um seguro de grupo. O mesmo é dizer que a pertença ao grupo tem de determinar-se sem ser por referência apenas ao seguro: o grupo não pode ter-se formado enquanto grupo com o exclusivo propósito de aceder ao seguro.

O rol de características de um seguro de grupo não ficaria completo sem uma referência à natureza dos riscos cobertos. Na verdade, de entre os contratos de seguro que cubram

2216 Cfr. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 6-10; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 881-882.

2217 Art. 76.º LCS (itálico acrescentado). Cfr. ainda os n.ºs 8 e 9 da Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro. Exige-se a formalização do seguro de grupo numa única apólice e o estabelecimento das coberturas de acordo com «um critério objectivo e uniforme, não dependente exclusivamente da vontade da pessoa segura» (n.º 8). Determina-se que o tomador só pode ser (a) uma pessoa colectiva de direito público ou privado; (b) uma entidade empresarial; (c) «uma entidade ligada às pessoas seguras por um vínculo ou interesse comum anterior e estranho à realização do seguro» (n.º 9). Julgo ser de concluir que se trata de requisitos alternativos e não cumulativos, sobretudo tendo em conta a contraposição entre os dois primeiros requisitos, mas reconheço que a última exigência teria mais impacto se não tivesse sido construída como uma alternativa às duas primeiras. Cfr. ainda os n.ºs 15 e 16 da Norma n.º 17/95-R, de 12 de Setembro. Nos EUA, só a determinadas categorias de subscritores se reconhece a possibilidade de celebrarem um seguro de grupo – embora exista uma categoria residual, a preencher pela entidade reguladora do sector com base em determinados parâmetros estabelecidos na lei. Cfr. CRAWFORD, *LHIL*, pp. 371-374. Algumas das principais categorias são: os empregadores, relativamente aos seus trabalhadores, os sindicatos, em relação aos seus membros, os credores, quando aos respectivos devedores, as associações, também relativamente aos seus membros.

2218 A referência da lei ao «tomador do seguro que seja simultaneamente mediador de seguros» deverá entender-se como fazendo referência ao subscritor de um seguro colectivo que não seja um verdadeiro e próprio seguro de grupo (cfr. o art. 88.º/1 LCS). Veremos que na nossa lei se usa muitas vezes a expressão «seguro de grupo» com um sentido muito amplo, próximo dos seguros colectivos. Cfr. ainda TIRADO, *Seguros de Personas*, p. 35. O autor alerta para a questão da determinação da verdadeira natureza da contraparte do segurador, que por vezes pode na verdade corresponder substancialmente a um mediador, sob as vestes aparentes de um tomador.

riscos de um grupo de segurados, só serão verdadeiros seguros de grupo os que cobrirem *riscos homogêneos* dos membros do grupo. Nem a doutrina nem a indústria seguradora tratam como seguros de grupo os seguros que cobrem riscos heterogêneos de vários segurados.²²¹⁹ Não é seguro de grupo o seguro dos vários interesses existentes sobre uma única coisa segura: o interesse do proprietário, o do usufrutuário, o de um credor pignoratício, e por aí em diante. E importa precisar que, no seguro de grupo, a cobertura de um conjunto de riscos homogêneos é *cumulativa* e não alternativa.²²²⁰ Por isso não é seguro de grupo o seguro sobre duas ou mais cabeças. Por isso e porque, para além da natureza cumulativa da cobertura, deve ainda existir no seguro de grupo *uma perfeita separabilidade* dos riscos cobertos relativamente a cada um dos segurados. No seguro de duas ou mais cabeças, pode dizer-se que é a mesma cobertura que abrange duas ou mais vidas. No seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, é a mesma cobertura que abrange os sucessivos condutores do veículo. No seguro de grupo, pelo contrário, cada segurado é senhor da sua própria cobertura, cujo destino não se encontra especialmente ligado ao das demais.²²²¹

Com esta relaciona-se uma outra característica dos seguros de grupo: diz-se, por vezes, que o critério que une os membros do grupo, ou que os une ao subscritor, deve ser «de natureza pessoal». Historicamente, nem a doutrina nem a indústria seguradora tratam como seguro de grupo o seguro celebrado pelo armazenista por conta de todos os interessados nos objectos guardados no seu armazém.²²²² Pretender-se-ia, com este critério, afastar os seguros em que a pertença ao grupo dependa da relação dos respectivos membros com uma mesma coisa: no exemplo dado, o armazém. Exige-se, por conseguinte, que a pertença ao grupo dependa de uma qualidade pessoal dos segurados, directamente identificada no contrato, ainda que efémera e de cariz económico, como será o caso da sua qualidade de clientes do subscritor. Nada impede que os segurados sejam fungíveis, pelo que o critério não se destina a afastar os seguros de grupo por conta de quem pertencer, como o de um grupo constituído por todos os membros de uma dada associação, quaisquer que eles sejam em cada momento. Todavia,

2219 Neste sentido, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 12; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 882.

2220 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 12-13; BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 882; e EHRENZWEIG, *Gruppenversicherungsvertrag*, p. 196.

2221 Neste sentido, SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 241. Cfr. ainda WINTER, *Gruppenspitze*, p. 25.

2222 Cfr. no entanto *infra* n. 2236.

a indicação deste critério chama à colação a seguinte questão: não poderia também dizer-se que os interessados no seguro do armazenista se identificariam pela qualidade de natureza pessoal de serem seus clientes?

Não se encontram explicações dogmáticas muito rigorosas para a imposição de mais esta restrição. Contudo, uma ponderação dos exemplos dados por quem faz referência ao critério parece conduzir à conclusão de que a sua *ratio* passaria, uma vez mais, pela questão da separabilidade dos riscos cobertos: de um ponto de vista económico, o seguro do recheio de um armazém não pode ser tratado como um seguro plural, na medida em que, com toda a probabilidade, a eventual ocorrência de um sinistro, designadamente um incêndio no armazém, afectaria de uma assentada todos os segurados. O mesmo se dirá de um seguro de acidentes pessoais de todos os passageiros de certa aeronave, que pelo mesmo motivo não deve qualificar-se como um seguro de grupo. Já o seguro de acidentes pessoais em viagem de todos os clientes de uma dada transportadora aérea cumpre o requisito, podendo qualificar-se como um seguro de grupo, como o cumpriria o seguro de acidentes pessoais em viagem associado a um cartão de crédito, de que é subscritor o banco. Parece, por conseguinte, que o critério delimitador da categoria dos seguros de grupo deve ser antes, e mais uma vez, o da separabilidade dos riscos cobertos, e não o da natureza pessoal do vínculo que une os participantes entre si ou ao subscritor. Quando muito, poderá acrescentar-se, como nova característica, a *inexistência de uma correlação positiva forte* entre os riscos da pluralidade de segurados. Insisto que não é arbitrária a enumeração destas características, pois que, independentemente da sua razão de ser histórica ou dogmática, une-as a circunstância de os contratos assim afastados não se subordinarem ao regime dos seguros de grupo.

Acrescenta alguma doutrina que o critério que une os membros do grupo, ou que os une ao subscritor, também não pode ser de natureza familiar.²²²³ Neste caso, podemos socorrer-nos novamente do apoio da lei: «[o] seguro que respeite a um agregado familiar ou a um conjunto de pessoas vivendo em economia comum é havido como seguro individual».²²²⁴ No entanto, mais uma vez, o critério não encontra um fundamento dogmático rigoroso. A razão de ser de semelhante restrição, que explica por que motivo

2223 Cfr. BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 882-883.

2224 Art. 176.º/2 LCS.

os seguros em que a pluralidade de segurados corresponde a uma família nunca foram tratados como seguros de grupo, nem pela doutrina, nem pela indústria seguradora, parece estar, novamente, na insuficiente separabilidade dos riscos relativos a pessoas que vivam em economia comum: nestes seguros, a lei parece pressupor «inilidivelmente» a existência de uma correlação positiva forte entre os riscos da pluralidade de segurados.

Acrescente-se que a questão não é de quantidade: não existe qualquer requisito numérico para a qualificação de uma pluralidade de segurados como grupo: basta que se trate de uma pluralidade de segurados.²²²⁵ No momento da contratação, parece ser suficiente um seguro com um total de dois segurados. Os contratos inicialmente celebrados para grupos maiores também não perderão a sua natureza em caso de redução do grupo – neste caso, mesmo que o grupo se reduza a um único participante activo, e ainda que perca, temporariamente, todos os seus elementos, desde que se preveja uma alteração dessa situação. A propósito da redução de um grupo, há quem sustente que, saindo um segurado do grupo, perderá automaticamente a cobertura, na medida em que esta dependia da sua pertença ao grupo.²²²⁶ No entanto, esta cominação não existe na nossa lei.²²²⁷ Por conseguinte, a questão deverá resolver-se caso a caso, de acordo com a interpretação de cada contrato.

Finalmente, diga-se que as partes no contrato podem optar pelo estreitamento dos critérios de segurabilidade, excluindo alguns de entre os membros da colectividade inicialmente visada que integrarão o grupo, ou incluindo outros que à partida não pertenceriam a essa colectividade, mormente os familiares dos respectivos membros.²²²⁸ E é claro que nem sempre o seguro se estenderá, efectivamente, a todos os membros do

2225 Nos EUA, a lei modelo sobre seguros de grupo, adoptada, mais tarde ou mais cedo, nos diversos ordenamentos estaduais, começara por estabelecer um número mínimo de membros do grupo. Inicialmente 50, mais tarde 25, uns anos depois 10. O requisito acabou por ser abolido. Neste sentido, CRAWFORD, *LHIL*, p. 371.

2226 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 12. Cfr. ainda pp. 50-58. O autor defende-o, sem prejuízo da admissibilidade da cláusula de continuidade, que estipula para os segurados o direito à manutenção da cobertura num novo contrato de seguro (pp. 55-58). No mesmo sentido, WINTER, *Gruppenspitze*, p. 29. Cfr., a este propósito, o art. 85.º LCS. Cfr. *infra* n. 2355. Contra, KOOK, *Gruppenvertrag*, pp. 58-61; e MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, p. 733. Veja-se ainda a posição dos autores que distinguem os seguros de grupo de entrada e saída automática dos demais. Cfr. *infra* n. 2303.

2227 Cfr. a linguagem permissiva do art. 83.º/1 LCS. Segundo JERRY/RICHMOND, *Understanding*, p. 947; e CRAWFORD, *LHIL*, p. 382, a grande maioria dos contratos de seguro de grupo estipula que o abandono do grupo por um participante determina o fim da sua cobertura.

2228 Cfr. BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 881-882; e SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 241.

grupo. Nalguns casos, que não em todos, veremos que devemos distinguir entre o conjunto de pessoas seguráveis, ou seja de pessoas que reúnem as características necessárias à entrada no seguro, e o conjunto dos segurados que em cada momento se encontrem cobertos pelo seguro – este, sim, o «grupo seguro». A pertença ao «grupo segurável» determina apenas, num primeiro momento, os riscos que podem ser objecto do seguro, e não os que efectivamente o são. Há que ver, depois, quais de entre estes se encontram cobertos pelo seguro. Consoante o que as partes tiverem estipulado, pode em certos casos o tomador não ter participado ao segurador a integração de alguns membros no grupo, podem alguns não ter sido aceites pelo segurador, podem alguns ter rejeitado a cobertura, ou simplesmente terem falhado algum dos requisitos procedimentais necessários à sua integração no seguro.²²²⁹

Em suma, da análise conjunta do respectivo tipo social e legal do seguro de grupo, resulta a seguinte proposta de definição do seguro de grupo, em sentido estrito, como: (i) um contrato; (ii) um contrato de seguro; (iii) cujo tomador é o subscritor; (iv) celebrado por conta dos participantes: estes são terceiros-segurados; (v) ligados ao subscritor por um vínculo distinto do de segurar; (vi) cobrindo cumulativamente (vii) riscos homogêneos de todos os terceiros-segurados; (viii) com perfeita separabilidade e (ix) sem uma correlação positiva forte entre os riscos dos terceiros-segurados.²²³⁰

O seguro de grupo não é um tipo ou subtipo de contrato de seguro – é a categoria de contratos de seguro que podemos contrapor ao seguro individual.²²³¹ O seguro de grupo

2229 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 12. É a seguinte a definição de grupo proposta por MILLAUER: (i) grupo inteiro (*Gesamtgruppe*) é toda a pluralidade de pessoas, fechada, extrafamiliar, e cujos membros (a) tenham entre si, ou entre si e um dado terceiro, uma relação duradoura, de natureza legal ou contratual, no caso de se tratar de um grupo duradouro (*Dauergruppe*); ou (b) se encontrem transitoriamente unidos por uma qualquer circunstância, no caso de se tratar de um grupo efêmero (*Kurzfristige Gruppe*); (ii) grupo parcelar ou subgrupo (*Teil- oder Untergruppe*) é todo o subconjunto de um grupo inteiro delimitado de acordo com critérios gerais; grupo alargado (*erweiterte Gruppe*) é todo o grupo cujo núcleo, constituído por um grupo inteiro ou parcial, foi aumentado em função de critérios gerais (p. 10).

2230 MILLAUER, *Nochmals*, p. 804, define o seguro de grupo como o contrato único em cujo âmbito de aplicação se integram os membros de um grupo, como definido na nota anterior, ou automaticamente, ou mediante participação, mas sempre tendo em conta a sua pertença ao grupo, contrato esse celebrado, ou para os membros do grupo, ou para o tomador, mas em todo o caso contra um risco unitário que incida separadamente sobre os membros do grupo. Cfr. ainda, do autor, *Gruppenversicherung*, pp. 13-14; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 883. Cfr. ainda a definição muito semelhante de WIESER, *Gruppenversicherungen*, p. 107.

2231 Neste sentido, SCHICKINGER, *Gruppenversicherung*, p. 239. Sobre a distinção entre tipo e categoria de contratos, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1347. Desconsiderou-o NICOLAS, *Essai*, pp. 203-205. A autora ocupa-se, inusitadamente, da questão de saber como classificar os seguros de grupo: se como

não é uma categoria específica dos seguros de pessoas, antes atravessando, transversalmente, todos os tipos e subtipos de contratos de seguro,²²³² mas é no domínio dos seguros de pessoas que tem tido maior importância.²²³³ De resto, ninguém nega a existência de seguros de responsabilidade civil de grupo.²²³⁴ Pense-se no exemplo – real – do seguro de responsabilidade civil profissional celebrado pela ordem dos advogados em benefício de todos os seus membros, que é, evidentemente, um seguro de grupo. É certo que, contrariamente à doutrina reinante, classifico o seguro de responsabilidade civil entre os seguros de pessoas, o que me impede de usar este argumento em defesa da posição de que também os seguros de bens não pessoais podem ser celebrados como seguros de grupo.²²³⁵ Contudo, também são pensáveis seguros de coisas de grupo – basta recordar que, com frequência, estes fazem as vezes de seguros de responsabilidade civil celebrados por conta do próprio tomador. Pense-se, por exemplo, num seguro de viagem que cubra unicamente a perda ou deterioração das bagagens pertencentes a todos os clientes do

seguros de danos se como seguros de pessoas. Para a rejeição de semelhante dicotomia, cfr. *supra* o texto a partir da n. 562. Começa por observar que, nos seguros de vida, o pagamento do prémio não é obrigatório, em virtude do disposto no art. L. 132-20 CAfr. Acrescenta que essa obrigação de pagamento do prémio só foi estabelecida para os seguros de danos, no art. L. 113-2 CAfr. Uma vez que, nos seguros de grupo, o pagamento do prémio seria aparentemente obrigatório, conclui que estes seriam, em todos os casos, seguros de danos (e não «de pessoas»). Naturalmente, discordo em absoluto das suas conclusões.

2232 Cfr. os arts. 78.º/3 e 81.º LCS. Nem sempre esta questão foi tida em conta pela doutrina, sobretudo, compreensivelmente, nos primórdios do desenvolvimento da figura. Cfr., no entanto, BINON/CRIJNS, *Assurance Groupe* (1996), pp. 13-15. Os autores adoptam uma noção mais restrita de seguro de grupo, afirmando que este corresponde a um contrato de seguro *de vida* celebrado por uma *entidade empregadora* em benefício do conjunto dos seus trabalhadores. Qualificam-no como um seguro por conta de outrem.

2233 WIESER, *Gruppenversicherungen*, p. 26, nota que, em teoria, pode haver seguros de grupo em todas as classes de seguros, mas na prática estes restringem-se quase só aos seguros de pessoas: vida, saúde e acidentes pessoais.

2234 Cfr. KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 7; DÜBY, *Kollektivversicherung*, p. 106; ou MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 85-87. Este último autor sublinha a distinção entre estes e os seguros em que a empresa se segura contra a sua própria responsabilidade civil pelos actos dos seus colaboradores – que já não serão seguros de grupo. Os colaboradores serão, neste caso, pessoas seguras, sem no entanto serem segurados. A propósito dos verdadeiros seguros de responsabilidade civil de grupo, celebrados por conta dos membros do grupo, acrescenta que os membros do grupo não são meras pessoas seguras, mas sim segurados, com as suas próprias pretensões contra o segurador (p. 85). Em França, cfr. BIGOT, *Traité III*, p. 479. O autor admite que possa haver seguros de grupo – ou pelo menos seguros colectivos – em todas as classes de seguros. Todavia, aqueles que a doutrina costuma tratar sob essa designação são os visados no art. L-141-1 CAfr. São esses os seguros que cobrem riscos dependentes da duração da vida humana, riscos atinentes à integridade física ou à maternidade, riscos de incapacidade para o trabalho ou de invalidez e de desemprego.

2235 Cfr. *supra* o texto junto a n. 574. Note-se que a minha contraposição entre as categorias dos seguros de coisas e de pessoas utiliza esta última expressão numa acepção distinta da utilizada na nossa lei. A categoria de contratos que a lei denomina «seguros de pessoas» não inclui, claramente, os seguros de responsabilidade civil, como resulta, desde logo, de os ter arrumado, sistematicamente, no Título II e não no Título III. Cfr. ainda o art. 175.º/1 LCS. Sobre a infelicidade da contraposição entre «seguros de danos» e «seguros de pessoas», cfr. *supra* o texto a partir da n. 562.

subscritor, uma transportadora aérea.²²³⁶ Mas nem só os seguros de coisas que cumprem a função de seguros de responsabilidade civil podem celebrar-se como seguros de grupo. Pense-se no seguro de protecção de objectos adquiridos por vezes associado à titularidade de um cartão de crédito, de que é subscritor o banco emissor. Os seguros de coisas de grupo cobrem os interesses de uma pluralidade de segurados. Só num sentido distinto do habitual poderíamos chamar-lhes ainda pessoas seguras.²²³⁷

8.1.3. O universo mais amplo dos seguros colectivos

Os seguros de grupo em sentido próprio constituem o núcleo do universo mais amplo dos seguros colectivos. Estes partilham das cinco últimas características dos primeiros; não partilham das quatro primeiras.²²³⁸ Não partilham delas, no sentido de que estas não são suas notas necessárias. Uma ressalva se mostra conveniente, no entanto, a propósito da quarta característica: nos seguros de grupo, os participantes são terceiros-segurados; nos demais seguros colectivos, serão antes tomadores-segurados, mas sempre serão, em todos os casos, segurados. Os seguros de uma pluralidade de pessoas seguras que não sejam, simultaneamente, segurados são, pura e simplesmente, seguros individuais, e não seguros colectivos ou de grupo. Para além dos seguros de grupo em sentido próprio, podemos dizer, sem pretensões de exaustividade, mas abrangendo o grosso deste universo, que também integrarão o universo dos seguros colectivos as seguintes uniões de contratos: (i) os seguros de grupo em sentido impróprio; e (ii) os contratos-quadros seguidos da celebração de contratos individuais de seguro.²²³⁹ Mais uma vez, observo que

2236 Cfr. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 88. BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 884, dão ainda o exemplo do seguro do conteúdo de uma exposição (*Ausstellungsversicherung*). Todavia, não é inteiramente clara a fronteira entre este e o seguro do armazenista, que só difere deste por se tratar de um seguro por conta de quem pertencer, e no entanto, como vimos, não é tratado, pela indústria ou pela doutrina, como um seguro de grupo.

2237 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 88, não o faz. Chama-lhes somente segurados (*Versicherte*).

2238 Cfr. *supra* o texto junto à n. 2230.

2239 Cfr. WINTER, *Gruppenspitze*, p. 25. A este leque de modalidades, o autor acrescenta a dos «seguros de grupo mistos», a que adiante faço referência. Nos EUA, quanto aos seguros colectivos que não são verdadeiros seguros de grupo, chamo a atenção para o que a indústria seguradora e a doutrina da especialidade têm designado *wholesale e franchise insurance*. O primeiro termo é mais usado a propósito dos seguros de vida e o segundo para os seguros de saúde e de acidentes pessoais. Cfr. CRAWFORD, *LHIL*, p. 388. A autora sustenta que estas são figuras híbridas entre os seguros individuais e de grupo, na medida em que por seu intermédio se cobre uma pluralidade de segurados, que no entanto não se limitam a receber certificados de seguro relativos a um único contrato de seguro, dado que são tomadores dos seus próprios contratos de seguro. Apesar das suas especificidades, designadamente o ser o subscritor a cobrar os prémios aos participantes, entregando-os depois ao segurador, estes são tratados como seguros individuais.

estas afirmações não são arbitrárias, justificando-se pelo regime distinto a que se encontram subordinados uns e outros contratos. Vê-lo-emos no próximo e último capítulo deste estudo.

Os seguros de grupo em sentido impróprio correspondem, rigorosamente, a meros agregados de seguros individuais. Contemplam os casos em que o subscritor não chega a celebrar em nome próprio um contrato preliminar com o segurador, limitando-se a negociar com este na qualidade de representante dos participantes. Cada um dos participantes será tomador do seu próprio contrato de seguro – nessa qualidade, os participantes serão titulares de todos os direitos e deveres – designadamente, só eles respondendo pelo prémio. Embora actuando essencialmente como representante dos participantes, com poderes, o subscritor actua por vezes também em nome próprio, vinculando-se por vezes a deveres acessórios perante todos os intervenientes, de natureza essencialmente administrativa, relativos à gestão de todos os contratos celebrados e a celebrar.²²⁴⁰ Características decisivas destes seguros seriam (i) a circunstância de o subscritor não chegar a celebrar com o segurador algo que possa ser qualificado como um contrato preliminar; (ii) a circunstância de cada um dos participantes ser tomador do seu próprio contrato de seguro.²²⁴¹

Esta figura tem algum relevo no ordenamento jurídico alemão, em virtude da posição, dominante na jurisprudência e doutrina, de que seriam nulos os seguros de vida por conta de outrem.²²⁴² A isto acresce que, a determinada altura, foi introduzida uma isenção de impostos para os seguros de vida de valor inferior ou igual a quinhentos marcos alemães, tendo-se entendido que, para beneficiar desta isenção, cada participante teria de ser tomador do seu próprio contrato de seguro.²²⁴³ Na verdade, em grande parte destes casos

2240 WINTER, *Gruppenspitze*, p. 89. Este facto torna por vezes algo fluida a fronteira entre o seguro de grupo em sentido impróprio e o contrato-quadro, a que em seguida se fará referência. Neste sentido, BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 883-884.

2241 Cfr. MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 11-13; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 14 e 99-113; BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 882-883; WINTER, *Gruppenspitze*, p. 89; e WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 111-113.

2242 Sobre esta posição, fundada no § 159 II VVG, cfr. *supra* n. 1994 e o texto a seguir à n. 2193. MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 11-13; MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 99; e BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 883, afirmam que, na Alemanha, esta modalidade só existe no domínio dos seguros de vida.

2243 Cfr. KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 49; BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, c. 883; e WINTER, *Gruppenspitze*, p. 89. O tratamento fiscal vantajoso dos seguros de vida é comum a grande parte dos sistemas jurídicos conhecidos. Sobre o direito português, cfr. *supra* n. 720. Nos EUA, cfr. CRAWFORD, *LHIL*, pp. 385-386; e MCGANN, *LHIL*, p. 183. Nestes, a celebração de um seguros de

não chega a haver qualquer contacto directo entre o segurador e os participantes, tudo ocorrendo por intermédio do subscritor representante. Não fossem as referidas restrições legais, estes contratos seriam muito provavelmente celebrados como seguros de grupo em sentido próprio.²²⁴⁴ Diz-se mesmo que, em termos económicos, esta espécie de seguros de grupo forma uma unidade com a dos seguros de grupo em sentido próprio.²²⁴⁵ Entre nós, na ausência de semelhantes restrições, a figura perde o seu significado prático – fica apenas a nota da sua possibilidade teórica.

A este propósito, sublinhe-se a dificuldade que por vezes se verifica em traçar a fronteira entre os casos de actuação em nome e por conta de um terceiro e os casos de actuação em nome próprio mas por conta de um terceiro – ou seja, em determinar, em certas situações de facto, se um dado contrato foi celebrado pelo subscritor enquanto parte, embora por conta de outrem, ou enquanto representante deste outrem. Esta é uma dificuldade prática: em teoria não há grandes dúvidas acerca da fronteira entre ambos os modos de actuar. Esta dificuldade pode surgir, quer no domínio dos seguros individuais, quer no dos seguros de grupo.

Alguns autores de expressão germânica fazem ainda referência ao que chamam «seguros de grupo mistos».²²⁴⁶ Estes são descritos como reunindo elementos do seguro de grupo em sentido próprio e elementos do seguro de grupo em sentido impróprio. A figura visa abranger essencialmente o caso dos seguros em que, perante o segurador, o subscritor é o devedor de uma parte do prémio, e os participantes são devedores da parte restante – serão, portanto, seguros parcialmente contributivos. Adiante analisar-se-á esta figura em mais pormenor.²²⁴⁷ No entanto, avanço que a figura me parece mais bem enquadrada no seio da subcategoria dos contratos-quadros.

vida de grupo traz vantagens de natureza fiscal, quer para o subscritor empregador, quer para os participantes trabalhadores, de acordo com a Secção 79 do *U.S. Internal Revenue Code*. Contudo, essas vantagens só se estendem aos seguros de vida temporários, motivo pelo qual continua a ser esta, de longe, a modalidade de seguro de vida mais vezes contratada nos EUA.

2244 MILLAUER, *Gruppenversicherung*, p. 101. O autor sublinha que o seguro de grupo em sentido impróprio só existe no domínio dos seguros de vida porque, nos restantes, para constelações de interesses equivalentes, pode recorrer-se ao seguro por conta de outrem.

2245 WINTER, *Gruppenspitze*, p. 89.

2246 Cfr. MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 13-15; e WINTER, *Gruppenspitze*, p. 90. Na sua senda, WIESER, *Gruppenversicherungen*, p. 113.

2247 Cfr. *infra* o texto a partir da n. 2255.

A subcategoria dos contratos-quadros é hoje a mais frequente no conjunto dos seguros colectivos. Ao contrário do que se passa nos casos a que acima se fez referência, nestes o subscritor celebra um contrato com um segurador: o contrato-quadro.²²⁴⁸ Esse contrato não é ainda um contrato de seguro.²²⁴⁹ Trata-se de um contrato preliminar, independente daqueles cuja celebração irá enquadrar ou mesmo possibilitar. Pode limitar-se a definir os parâmetros dentro dos quais os participantes poderão em seguida celebrar os respectivos contratos de seguro.²²⁵⁰ Ou pode ainda, tipicamente, conferir ao subscritor poderes de cobrança dos prémios a pagar pelos participantes, obrigando-se o subscritor perante o segurador a cobrar os prémios e a realizar mais algumas tarefas de gestão dos contratos celebrados e a celebrar.²²⁵¹ Alguns destes contratos-quadros podem qualificar-se como contratos-promessas a favor de terceiro, se conferirem aos participantes o direito à celebração dos respectivos contratos de seguro com o segurador, nas condições mais favoráveis previamente negociadas pelo subscritor. Nem todos o serão. Na jurisprudência e na doutrina, falta por vezes a consciência de que esta é apenas uma de várias modalidades de seguros colectivos, não a única, e tão-pouco se faz a necessária distinção entre estes e os verdadeiros seguros de grupo.²²⁵²

Contemplemos as diversas possibilidades acabadas de ver ao dispor de um potencial subscritor de um seguro colectivo. Apercebemo-nos, desde logo, de que estas se distinguem entre si, entre outros aspectos, pelo maior ou menor grau de intervenção dos participantes no processo de contratação. Essa intervenção será tipicamente mais

2248 Cfr. *supra* n. 2180. As doutrinas de expressão germânica distinguem-nos claramente dos seguros de grupo. Cfr., por exemplo, MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, p. 15; e WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 110-111. Em França, cfr. ainda KULLMANN, *Assurances Collectives*, pp. 524-530.

2249 Este facto facilita a distinção entre o seguro de grupo, em sentido próprio, e o contrato-quadro seguido de uma sucessão de contratos individuais de seguro. KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 18, observava que, na qualificação de um dado contrato como um verdadeiro seguro de grupo ou como um contrato-quadro, a questão determinante era apenas de número: se a relação de seguro surgia com a celebração de um único contrato de seguro ou se eram necessários dois para a sua constituição.

2250 Cfr. KOOK, *Gruppenvertrag*, p. 16.

2251 MILLAUER refere-se aos primeiros como contratos normativos (*Normenverträge*) e aos segundos como contratos de cobrança (*Sammelverträge*). A terminologia parece ter pegado, na doutrina alemã de seguros.

2252 O que levou alguma jurisprudência a sustentar que, contra a qualificação «do seguro de grupo» como contrato a favor de terceiro, poderia invocar-se o art. 444.º/1 CC. Neste sentido, o Ac. STJ 13.04.1994. O tribunal dá aqui um passo em falso, não apenas por tomar a parte pelo todo, supondo que em todos os casos se exigiria a intervenção dos participantes, pessoal ou por representante, no processo de contratação de um seguro colectivo, mas também por confundir a desnecessidade de aceitação do benefício, num contrato a favor de terceiro, com a impossibilidade de imposição de ónus, que o terceiro terá de cumprir, se quiser dele beneficiar.

significativa no domínio dos contratos-quadros, em que cada um dos participantes é tomador do seu próprio contrato de seguro – não se lhe chamará «contrato de seguro individual», porquanto, apesar de o ser, o seu conteúdo não deixa por isso de ser determinado, em maior ou menor grau, pelo contrato-quadro previamente celebrado entre subscritor e segurador, que sobre aquele impende. Para melhor o distinguir dos demais, chamar-se-lhe-á «contrato individual de seguro».

O recurso ao mecanismo do contrato-quadro é frequente, sobretudo, no domínio dos seguros de vida. Aqui, há que contar com a exigência legal do consentimento da pessoa segura – que impede, salvo em determinadas circunstâncias, a celebração de seguros de grupo sem alguma intervenção dos participantes.²²⁵³ É claro que esta exigência não seria, por si só, determinante na preferência pela modalidade de contrato-quadro. Mas acresce que, no domínio dos seguros de vida, é habitual a exigência pelo segurador do preenchimento de um questionário, e por vezes mesmo a sujeição dos participantes a exames médicos – se bem que esta última exigência seja menos comum no domínio dos seguros colectivos do que no dos individuais. O que significa que é este um domínio em que, por razões de política legislativa como de política negocial, independentemente da modalidade seleccionada pelas partes, haverá, em regra, um maior grau de intervenção dos participantes no processo de contratação.

Nalguns casos, somar-se-á a tudo isto a circunstância de o subscritor não estar interessado em assumir os encargos associados à posição de tomador de um seguro de

2253 Cfr. o art. 43.º/3 LCS. De acordo com este preceito, a pessoa segura que não seja beneficiária tem de prestar o seu consentimento à celebração do contrato de seguro – entenda-se, quando não seja ela própria a celebrá-lo. Nos seguros de saúde, a pessoa segura será normalmente a beneficiária do contrato, embora não se exija que o seja. Nos de vida e de acidentes pessoais, será mais frequente que assim não seja, pelo menos na eventualidade da sua morte. O preceito ressalva os casos em que a celebração do contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Para os acidentes pessoais, cfr. ainda o art. 212.º/2 LCS. No regime anterior, cfr. o art. 11.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Na Alemanha, cfr. o § 159 II VVG, e agora o § 150 II VVG 2008. Este último preceito dispensa o requisito nos seguros de vida de grupo celebrados por entidades empregadoras com o intuito de prover um complemento de reforma para os respectivos trabalhadores. Semelhante preocupação revelou a nossa lei, ao dispensar o requisito nos casos em que o contrato resulte do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Sobre esta exigência, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1695. WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 132-136, defende que o seguro de grupo, na modalidade de cobertura automática dos seus membros, não se adequa aos seguros em que se exige o consentimento das pessoas seguras, mas nota que não são totalmente incompatíveis: se a entrada no grupo não for, ela própria, automática, poderia obter-se o consentimento antes da entrada dos participantes no grupo: designadamente, quando da celebração do contrato de trabalho.

grupo. É esse o caso, tipicamente, do banco que contrata com o segurador os parâmetros dentro dos quais irão celebrar-se os contratos individuais de seguro sobre a vida dos seus clientes, que estes últimos celebrarão com o propósito de os dar em garantia ao próprio banco.²²⁵⁴ Estes são casos em que, com frequência, o subscritor não se vincula ao pagamento de qualquer parte do prémio, nem sequer subsidiariamente, sendo aquele devido e suportado, na íntegra, por cada um dos participantes. Na linguagem da lei, trata-se de seguros totalmente contributivos.²²⁵⁵ Mas não serão estes os únicos seguros contributivos. Mesmo sendo o subscritor, não um banco, mas um empregador, ou mesmo um sindicato, como é frequente, e ainda que este se responsabilize perante o segurador pelo pagamento do prémio, é usual os participantes arcarem com os custos relativos a pelo menos uma parte do prémio, caso em que os seguros serão parcialmente contributivos. Note-se que, não obstante a letra da lei, o regime especial dos seguros contributivos, bem como grande parte do regime geral dos seguros de grupo, aplica-se a todos os seguros colectivos, e não apenas aos verdadeiros seguros de grupo, no sentido em que acima foram definidos – sem prejuízo das diferenças de regime entre os verdadeiros seguros de grupo e os demais seguros colectivos, que melhor veremos adiante.²²⁵⁶

Em grande parte dos casos, os seguros contributivos corresponderão, na verdade, a relações contratuais complexas compostas por um contrato-quadro e por vários contratos individuais de seguro, de que são tomadores os próprios participantes. A própria lei parece pressupor que, nos seguros contributivos, os participantes serão necessariamente partes, e não terceiros, ao referir a «proposta de adesão» a emitir por cada um dos participantes.²²⁵⁷ Mas não é forçoso que o sejam, não sendo inteiramente clara a extensão do conceito de seguro contributivo de que a lei faz uso. Atente-se na definição legal: «[o]

2254 Cfr. NICOLAS, *Essai*, p. 226 n. 94. A autora nega que a generalidade dos seguros colectivos corresponda a esta modalidade de contratação, mas admite que, pelo menos os contratos celebrados pelas instituições financeiras, designadamente quando os bancos o fazem para o grupo dos seus clientes, devedores de empréstimos perante o banco, possam corresponder a verdadeiros contratos-quadros.

2255 Cfr. o disposto no art. 77.º LCS. Originariamente, os seguros colectivos começaram por ser não contributivos. Os primeiros seguros contributivos foram celebrados no início dos anos vinte do séc. XX, nos EUA. A adesão do mercado a este novo produto foi tal que rapidamente ultrapassaram largamente o volume de negócio em seguros não contributivos. Neste sentido, FORSTER, *Group Insurance*, pp. 4-5.

2256 O regime dos seguros colectivos consta dos arts. 76.º a 90.º LCS. O regime dos seguros contributivos consta dos arts. 86.º a 90.º LCS.

2257 No art. 88.º/1 LCS.

seguro de grupo diz-se contributivo quando do contrato de seguro resulta que os segurados suportam, no todo ou em parte, o pagamento do montante correspondente ao prémio devido pelo tomador». ²²⁵⁸ Em primeiro lugar, verifica-se que a lei pressupõe que, em todos os casos, o prémio é «devido pelo tomador» quando, na realidade, os principais destinatários deste regime legal serão precisamente os casos em que o subscritor se limita a celebrar um contrato-quadro com o segurador, muitas vezes não se responsabilizando de todo pelo pagamento dos prémios, mas apenas pela sua cobrança, e por vezes nem isso.

Não é essa, no entanto, a principal questão que se coloca. A dúvida que pode suscitar-se é, sim, a de saber se, nos termos da lei, serão seguros contributivos apenas aqueles em que os participantes se obrigam perante o segurador ao pagamento do prémio, se também aqueles em que, perante o segurador, apenas o subscritor assume obrigações, fazendo-as todavia repercutir na sua relação com os participantes, que se obrigam perante o subscritor a suportar a totalidade ou uma parte do prémio de seguro. ²²⁵⁹ A lei faz referência ao processo de pagamento do prémio, e não à estrutura obrigacional que lhe subjaz. ²²⁶⁰ Ainda assim, parece partir do pressuposto de que a situação mais normal será a do pagamento em duas fases, pelos participantes ao subscritor e por este ao segurador, o que pode interpretar-se como uma indicação de que é a mais ampla a noção de seguro contributivo a que recorre. Esta parece ter sido a modalidade clássica de seguro colectivo. ²²⁶¹

²²⁵⁸ Art. 77.º/2 LCS.

²²⁵⁹ Esta configuração foi salientada pelo Tribunal de Justiça em Ac. TJCE 25.02.1999. Neste caso, uma determinada instituição financeira «propõe aos detentores de cartões de crédito, contra o pagamento de certo montante, um plano de protecção contra os prejuízos financeiros e os inconvenientes resultantes do extravio ou do furto dos cartões e de alguns outros objectos, como chaves de automóveis, passaportes ou documentos de seguros». O tribunal considerou que se tratava de um seguro de grupo em que a instituição financeira era o tomador e os seus clientes os segurados. Não sem sublinhar o «intercâmbio de prestações recíprocas», por um lado, entre o segurador e o subscritor e, por outro, entre o subscritor e os seus clientes. Cfr. FONTAINE, *Assurances*, p. 152. Tenho dúvidas sobre se se trataria de um verdadeiro seguro de grupo ou antes de um contrato-quadro: o tribunal não fornece dados suficientes para uma resposta, visto estar em causa, no caso, a aplicabilidade de uma isenção de impostos relativa a operações de seguros às relações entre a instituição financeira e os seus clientes, não obstante a primeira não ser um segurador.

²²⁶⁰ Cfr. o art. 77.º/3 LCS.

²²⁶¹ PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, p. 723, davam-na também como o único modo de funcionamento de um seguro de grupo, sustentando que, neste, o prémio seria globalmente calculado com base na idade média do grupo e respectivos salários – referiam-se ao seguro de vida de grupo – e era devido por inteiro pelo tomador, que iria depois repercuti-lo na sua relação com os membros do grupo. O mesmo entendimento se encontra em MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, p. 731. Nos EUA, cfr. BEAM, *Group Benefits*, pp. 8-9. O autor afirma que, nos seguros de grupo, é o

Da definição legal parece resultar, ainda que sem total clareza, que são contributivos, quer os seguros em que os participantes se obrigam a pagar a sua quota-parte do prémio perante o segurador, quer os seguros em que aqueles se obrigam apenas perante o subscritor.²²⁶² Desde que – sublinhe-se esta ressalva – semelhante vinculação se reflita no texto do contrato entre o segurador e o subscritor – parece que só pode ser esse o sentido da expressão «quando do contrato de seguro resulta que». Não são seguros contributivos aqueles em que, na relação com o segurador, o subscritor aparece como o pagador integral do prémio, mas em que vem a descobrir-se que, sem conhecimento relevante do segurador, aquele faz de algum modo repercutir nos participantes, no todo ou em parte, os custos que suportou com o seguro.²²⁶³

subscritor, na sua qualidade de parte, que assume a responsabilidade pelo pagamento do prémio. Nos seguros de grupo contributivos, os segurados só o são a partir do momento em que autorizam o subscritor a descontar a sua contribuição da sua retribuição (pp. 55-56). Todos os seguros de grupo dispõem que é do subscritor a responsabilidade pelo pagamento dos prémios de seguro. Ainda que se trate de seguros contributivos. O facto de o serem consta do plano do subscritor, normalmente uma entidade empregadora, mas não integra o próprio contrato de seguro, não constitui uma obrigação dos segurados para com o segurador. É comum as contribuições ocorrerem por via de descontos na retribuição. A participação no resultado é devida e paga ao subscritor e não aos segurados – mesmo nos seguros contributivos. Cfr. ainda CRAWFORD, *LHIL*, pp. 371 e 383-384.

2262 Uma importante diferença entre ambas as modalidades está no regime legal aplicável à falta de pagamento do prémio. Se os participantes se vinculam a pagar a sua quota-parte do prémio ao subscritor, a falta de pagamento ao subscritor dá-lhe o direito de os excluir do seguro colectivo, conforme o disposto no art. 83.º/1 LCS. Se, pelo contrário, se vinculam a pagar a sua quota-parte do prémio directamente ao segurador, a falta de pagamento tem por efeito a imediata caducidade do contrato individual de seguro – o que a lei designa por «resolução automática» – por aplicação do disposto nos arts. 59.º e 61.º LCS. Cfr. ainda o art. 80.º/3 LCS. Note-se que a lei não distingue entre o destinatário da prestação e o credor da prestação. São concebíveis as hipóteses de os participantes se vincularem (também) perante o segurador a pagar ao subscritor ou (também) perante o subscritor a pagar ao segurador.

2263 Veja-se o lugar paralelo constante do regime jurídico de constituição e funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões, em especial o disposto nos arts. 9.º/2 e 10.º do DL n.º 12/2006, de 20 de Janeiro. Estes preceitos impõem à entidade gestora de um fundo de pensões o cumprimento de regras diferentes, no que respeita aos montantes directamente contribuídos pelos participantes, das que se aplicam aos montantes suportados pelo subscritor. Naturalmente que o segurador só poderá fazê-lo relativamente aos montantes de cuja real proveniência tiver conhecimento, pelo que uma completa eficácia do regime obrigaria o subscritor a revelar ao segurador a proveniência de todos os montantes que por si lhe forem pagos. No que aos seguros diz respeito, cfr. o art. 90.º/2 LCS. Neste preceito dispõe-se que, nos seguros de grupo parcialmente contributivos, o direito dos participantes à participação nos resultados é reconhecido na proporção do respectivo contributo para o pagamento do prémio. Como tal, é fundamental o segurador ter conhecimento de quais os montantes contribuídos pelo subscritor e quais os provenientes dos participantes. Note-se que se trata de um preceito «relativamente imperativo» (art. 13.º/1 LCS). Cfr. ainda, quanto ao direito de resgate, o disposto nos arts. 187.º/2/b) e 194.º/2 LCS. Sobre o direito de participação nos resultados, cfr. ainda o disposto no art. 205.º LCS. Cfr. BINON, *Assurances de Personnes*, pp. 312-313, observando que são bem distintas as técnicas actuariais de tratamento das contribuições dos participantes e do subscritor.

Muito dificilmente se configuram hipóteses em que os participantes, não obstante assumirem perante o segurador o compromisso do pagamento da totalidade ou mesmo de parte do prémio – nos casos em que o fazem²²⁶⁴ – continuem a qualificar-se simplesmente como terceiros e não como partes no seu próprio contrato individual de seguro.²²⁶⁵ Mesmo nos casos em que os participantes se vinculam a pagar ao subscritor a sua quota-parte do prémio, a análise levar-nos-á, muito provavelmente, a concluir que se trata, rigorosamente, pelo menos na grande maioria dos casos, de contratos-quadros seguidos de uma sucessão de contratos individuais de seguro celebrados pelos próprios participantes, ou pelo subscritor em nome dos participantes. Típicamente, os deveres do subscritor perante o segurador revestem, nestes casos, natureza essencialmente administrativa, no sentido de que respeitam ao seu papel de gestor dos contratos celebrados ao abrigo dos contratos-quadros, que, no caso de o subscritor ser um banco, mas também nalguns outros casos, incluem normalmente a cobrança dos prémios.²²⁶⁶ O seu papel é na verdade o de um mediador de seguros.²²⁶⁷

Disse acima que alguns destes contratos-quadros podem qualificar-se como contratos-promessas a favor de terceiro, se conferirem aos participantes o direito à celebração dos respectivos contratos individuais de seguro com o segurador, nas condições mais favoráveis previamente negociadas pelo subscritor. Naturalmente, nem todos o serão. Independentemente de o serem, uma vez celebrados os contratos individuais de seguro

2264 Sublinhe-se a ressalva. Tradicionalmente, no que aos seguros de grupo dizia respeito, entendia-se que o devedor do prémio era sempre o subscritor, pertencendo a sua repercussão na esfera dos participantes, unicamente, ao domínio interno da relação entre subscritor e participantes. Nesse sentido, WINTER, *Gruppenspitze*, pp. 26 e 28. É ainda essa a situação nos EUA. Cfr. *supra* n. 2261.

2265 Cfr. NICOLAS, *Essai*, pp. 211-213 e 222-224. Cfr. o art. L. 141-1 CAfr. A autora entende que a referência à «adesão» de um grupo de pessoas, constante desse preceito, significa que estes não podem considerar-se terceiros, mas sim partes no contrato de seguro. Acrescenta que a jurisprudência já o afirmou, designadamente, no contexto dos seguros celebrados por empregadores para os seus trabalhadores. Os únicos casos em que a autora admite a existência de uma estipulação para terceiro, em seguros de grupo celebrados por um empregador, são aqueles em que só este último negocea com o segurador e só ele se responsabiliza pelo pagamento integral dos prémios – a autora não aceita que os membros do grupo que paguem alguma coisa sejam meros terceiros.

2266 A esses acrescem os seus deveres legais perante os participantes. Veja-se, designadamente, os deveres de informação a que o subscritor se encontra adstrito em virtude do disposto no art. 87.º/2 LCS. Cfr. *Employer/Insurer Relationship* (anón.), pp. 824-828, onde se sublinhava a tendência do mercado para retirar cada vez mais ao segurador o contacto directo com os participantes, cabendo a gestão quotidiana dos contratos de seguro, crescentemente, ao subscritor empregador. Por vezes, o segurador limita-se a pagar as indemnizações devidas em caso de sinistro e, para além disso, a proceder a auditorias regulares ao subscritor, assegurando-se que este cumpre bem o seu papel.

2267 Note-se que a lei chega a referir a possibilidade de um subscritor ser, simultaneamente, mediador. Cfr. o art. 88.º/1 LCS. Não cabe no objecto deste estudo a análise das dificuldades legais que esta aproximação possa colocar, em virtude da eventual aplicação do DL n.º 144/2006, de 31 de Julho.

entre os participantes e o segurador, aqueles deverão qualificar-se, naturalmente, como partes na relação de seguro, e não como terceiros. Ainda que, por vezes, se tornem partes por intermédio do subscritor, actuando em sua representação.²²⁶⁸ Mais uma vez, desvanece-se por vezes, na prática, a fronteira entre quem é terceiro e quem é parte num contrato, não obstante permanecer clara a fórmula teórica da distinção.²²⁶⁹

Até agora, examinei alguns exemplos de seguros colectivos que se enquadram, sem grandes dificuldades, numa ou noutra das principais modalidades de seguros colectivos: (i) contrato-quadro entre subscritor e segurador seguido da celebração de vários contratos individuais de seguro entre o segurador e cada um dos participantes; e (ii) verdadeiro contrato de seguro de grupo celebrado entre subscritor e segurador. Contudo, há situações de charneira, em que a escassez de elementos, ou a sua aparente contradição interna, dificultam a classificação.

A própria lei dá-nos um exemplo, ao regular o «seguro desportivo de grupo».²²⁷⁰ Trata-se de um seguro de acidentes pessoais, obrigatório para todos os praticantes e agentes desportivos profissionais e não profissionais.²²⁷¹ Os primeiros deverão celebrá-lo a título individual, encontrando-se as federações obrigadas a celebrar o que a lei umas vezes parece tratar como contrato-quadro e, outras, como verdadeiro seguro de grupo. No primeiro sentido apontam os preceitos que dispõem que ao contrato celebrado pelas federações «poderão aderir» os praticantes e agentes desportivos não profissionais nelas inscritos. A lei estabelece mesmo um acto obrigatório de adesão, a praticar por cada «aderente» no momento da sua inscrição na federação.²²⁷² Os praticantes e agentes desportivos ficam dispensados deste acto se provarem que já se encontram cobertos por outro seguro relativo aos mesmos riscos.²²⁷³ Mas a responsabilidade pelo pagamento do

2268 Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, p. 1469. O autor refere-se aos casos de pluralidade de contratos de seguro precedidos de um contrato-quadro, que determina o conteúdo dos primeiros e os agrupa por forma a facilitar a sua celebração e posterior administração. Qualifica o subscritor, nesses casos, como representante dos participantes. Mas nem sempre será esse o caso, podendo os participantes celebrar pessoalmente os respectivos contratos individuais de seguro. Sobre a questão da representação, cfr. *infra* n. 2293.

2269 Cfr. um lugar paralelo em COSTEIRA DA ROCHA, *Contrato de Transporte*, sobretudo a partir da p. 196. Este autor discute amplamente a questão de saber se o contrato de transporte é um contrato a favor de terceiro, ou se é antes um contrato trilateral, ou seja, se o destinatário da mercadoria é terceiro beneficiário ou se se torna parte, «aderindo» ao contrato.

2270 Cfr. o art. 3.º/1 do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

2271 Cfr. o art. 2.º do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

2272 Cfr. o art. 5.º/1 do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

2273 Cfr. o art. 5.º/4 do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

prémio ao segurador é das federações desportivas.²²⁷⁴ Cabendo-lhes depois decidir sobre a parcela do prémio que ficará a cargo de cada um dos participantes.²²⁷⁵ Note-se que não há incompatibilidade entre este regime e a qualificação do contrato como um contrato-quadro. Vimos já que é esse o caso na maioria dos seguros contributivos. Finalmente, determina-se que a cobertura produz efeitos a partir do momento da inscrição dos participantes na federação desportiva e cessa automaticamente no momento em que deixem de nela estar inscritos.²²⁷⁶ A automaticidade é frequente nos verdadeiros seguros de grupo. No entanto, em rigor também não há qualquer incompatibilidade com as restantes modalidades de seguro colectivo. Não obstante o que dispõe a lei, certamente que a cobertura não terá início antes do pagamento do prémio de seguro – conclusão que se retira do «regime especial» do pagamento dos prémios de seguro.²²⁷⁷ Deixando os participantes de estar inscritos, é natural que deixem de se encontrar cobertos pelo seguro, na medida em que deixam de estar autorizados a praticar o desporto relativamente ao qual se encontravam antes cobertos. Tudo visto, parece poder concluir-se que também este seguro colectivo se celebrará na modalidade de contrato-quadro seguido de vários contratos individuais de seguro, cuja celebração se completa com a sua «adesão» ao seguro.

8.2. Formação e vicissitudes

8.2.1. A «adesão» nos seguros colectivos

Do esquema acima delineado das principais modalidades de seguros colectivos, resulta que, quer correspondam a versões absolutamente paradigmáticas de uma dessas modalidades, quer representem versões intermédias ou híbridas, compostas de uma justaposição de elementos próprios de algumas delas, os seguros colectivos poderão dividir-se, com maior ou, nalguns casos de fronteira, menor facilidade, em dois grandes subconjuntos, consoante os participantes neles ocupem a posição de partes (tomadores-segurados) ou de terceiros (terceiros-segurados).

2274 Cfr. o art. 3.º/2 do DL n.º 146/93, de 26 de Abril. Se não o fizerem, respondem perante os praticantes e agentes desportivos nos termos em que o faria o segurador (art. 10.º).

2275 Cfr. o art. 5.º/2 do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

2276 Cfr. o art. 6.º do DL n.º 146/93, de 26 de Abril.

2277 Cfr. o art. 59.º LCS.

A este respeito não geram grandes dúvidas os seguros colectivos de que resulta uma relação contratual complexa, composta de um contrato-quadro entre segurador e subscritor, e de uma sucessão de contratos de seguro, tantos quantos os participantes, entre estes e o segurador, pessoalmente ou por intermédio do subscritor, como seu representante. A partir do momento em que se determinou que um dado caso concreto configura semelhante relação contratual complexa, a resposta a esta questão está dada: neste caso, os participantes são apenas terceiros em relação ao contrato-quadro, mas uma das duas partes principais – o tomador-segurado – no seu próprio contrato de seguro.

Já nos verdadeiros seguros de grupo, celebrados pelo subscritor em seu próprio nome e por conta dos participantes, estes ocupam indubitavelmente a posição de terceiros – de terceiros-segurados e, simultaneamente, no caso de longe mais comum, de terceiros beneficiários, por lhes ser conferida, originária ou supervenientemente, a titularidade de uma qualquer situação jurídica que possam fazer valer contra o segurador. Isto não impede, é claro, que esses mesmos seguros de grupo estabeleçam outros beneficiários além dos segurados. Nas versões mais paradigmáticas dos verdadeiros seguros de grupo, os participantes não intervêm de todo no processo contratual. A dúvida colocar-se-á quanto àqueles seguros de grupo em que, não obstante serem-no, e serem-no em sentido próprio, os participantes intervêm no processo contratual em termos tais que dificultem a resposta à questão de saber, na prática, se deverão qualificar-se como terceiros ou antes como partes, ainda que não de molde a configurarem verdadeiros tomadores do seguro. Característicos destas modalidades híbridas são, precisamente, aqueles seguros em que aos participantes se pede que «adiram», preenchendo e entregando uma declaração individual, de tal modo que seja duvidoso se esta se reduz a um mero consentimento, eventualmente com a prestação de informação relevante, ou se corresponde antes a uma proposta de adesão ao contrato, na qualidade de partes adicionais.

Encontramos um bom exemplo de uma dessas modalidades híbridas de seguro colectivo numa recente decisão do STJ.²²⁷⁸ Versava o caso sobre um seguro de vida de grupo, em tempos celebrado por uma união de sindicatos de trabalhadores ferroviários, em benefício de todos os seus membros com idades compreendidas entre a maioridade e a idade da reforma, cobrindo as eventualidades de morte ou invalidez total e permanente.

2278 Cfr. o Ac. STJ 10.05.2007.

Parecia tratar-se de um seguro em tudo semelhante ao já mencionado seguro de responsabilidade civil profissional celebrado pela ordem dos advogados em benefício de todos os seus membros – que se deu como exemplo paradigmático de um verdadeiro seguro de grupo. Todavia, a circunstância de aquele ser um seguro de vida logo nos daria a indicação de que, no caso ora em análise, ao contrário destoutro, seria pelo menos necessário obter o consentimento das pessoas seguras.²²⁷⁹

Neste caso, conforme o que seria de esperar, a cobertura só se tornava efectiva, relativamente a cada um dos membros do grupo, após a sua «adesão» ao seguro, efectuada pelo preenchimento e entrega de uma «declaração individual de adesão». O verdadeiro alcance desta «adesão» permanece, em grande medida, no escuro, dado estarem em falta alguns dos principais elementos de facto necessários a essa análise. O próprio tribunal superior nota, a certa altura, que não dispõe de elementos que lhe permitam sequer concluir se o seguro seria contributivo ou não contributivo.²²⁸⁰ Admitindo que se tratava de um seguro não contributivo, pois de contrário, com toda a probabilidade, o autor teria suscitado a questão, este será um caso de charneira, em que os participantes intervêm de algum modo no processo contratual, sem no entanto deixarem claro se mantêm a condição de terceiros ou se essa sua intervenção os transforma em partes adicionais. No caso, o tribunal acabou por concluir que os participantes permaneciam terceiros, ocupando a posição de meros «beneficiários» do seguro de grupo.²²⁸¹

Neste ponto, interessa realçar uma circunstância normalmente desconsiderada pela indústria seguradora e, por vezes, como vimos, pela própria jurisprudência. Podem contemplar-se realidades bem distintas nas múltiplas referências à «adesão» nos seguros colectivos. Vimos que alguns contratos-quadros são verdadeiros contratos a favor de

2279 Na verdade, este seguro fora celebrado em 1973. Ou seja, ainda antes da entrada em vigor do art. 11.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Contudo, a discussão sobre se deve ou não exigir-se o consentimento do terceiro cuja vida se segura é «questão velhíssima, que já vem dos séculos XV e XVI». CUNHA GONÇALVES, *Comentário CCom II*, p. 617. O autor nota o silêncio da legislação portuguesa de então sobre esta matéria, concluindo que, na prática, com raras excepções, os próprios seguradores tomam a iniciativa de exigir a intervenção da pessoa segura na celebração do contrato. MOTTINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, pp. 342-344, defendia a introdução desse requisito no direito português, mas apenas para os contratos que não fossem celebrados por conta do terceiro cuja vida se segura.

2280 Actualmente, cfr. o art. 77.º LCS.

2281 Cfr. *infra* n. 2344.

terceiro. Nessa medida, aplica-se-lhes, salvo disposição em contrário, o regime da adesão do terceiro beneficiário aos efeitos do contrato.²²⁸² Com esta adesão não deverá confundir-se a aceitação, cuja desnecessidade para a produção de efeitos em relação ao terceiro é nota necessária num contrato a favor de terceiro – exigindo-se a aceitação do terceiro, este tornar-se-ia parte, e o contrato deixaria de ser a favor de terceiro.²²⁸³ Com efeito, a adesão aos efeitos do contrato determina, quando determina alguma coisa, não a sua aquisição por parte do terceiro, mas apenas a sua irrevogabilidade.

Igualmente importante, embora muitas vezes esquecida, é ainda a supletividade do regime da adesão no contrato a favor de terceiro. As partes podem livremente estipular a sua desnecessidade, determinando a irrevogabilidade do direito desde o seu início, ou a sua revogabilidade durante toda a vigência do contrato, e podem alterar a possibilidade ou os efeitos da adesão do terceiro, admitindo-a somente após a verificação de um qualquer facto, por hipótese de notificação a ele feita, ou de qualquer outra circunstância futura, certa ou incerta.²²⁸⁴ De tudo isto importa agora reter que as partes num contrato a favor de terceiro podem destituir a adesão do terceiro de quaisquer efeitos, ou seja, podem afastar por completo a figura da adesão do terceiro, consolidando-se o seu direito no momento da contratação, ou em qualquer outro momento, por virtude de qualquer outra ocorrência que as partes entendam indicar, designadamente o próprio sinistro. A desconsideração desta possibilidade é talvez um dos aspectos que mais têm levado a nossa jurisprudência a pisar em falso, no que aos seguros colectivos, e em especial aos seguros de grupo, diz respeito.²²⁸⁵

Quando a lei ou as condições gerais de um seguro colectivo fazem referência à necessidade de adesão dos participantes, não é normalmente neste sentido que o termo é usado – arriscar-se-á a afirmação de que, nesta sede, raras vezes o termo será usado com esse sentido. Por vezes, aquilo a que se chama «adesão» corresponde simplesmente ao

2282 Cfr. o art. 447.º/1 e 3 CC. Cfr. *supra* o texto junto à n. 1390.

2283 Cfr. o art. 444.º/1 CC. Cfr. *supra* o texto junto às nn. 1323 e 1356.

2284 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1390.

2285 Já vimos um exemplo disso *supra* n. 1372. Sobre o mesmo caso, cfr. ainda *infra* o texto a partir da n. 2356. Nesse caso, as dificuldades sentidas pelo tribunal deveram-se, essencialmente, à desconsideração da grande diversidade de situações que podem estar em causa quando se está perante uma pluralidade de pessoas seguras. Todavia, em acréscimo, o tribunal passou uma boa parte da sua análise em busca do momento da suposta adesão, quando, no caso, dos factos relatados resultava claramente não ter havido, nem se prever a ocorrência, de qualquer acto de adesão por parte dos trabalhadores em causa.

consentimento da pessoa segura, em conformidade com a exigência legal nos seguros de vida.²²⁸⁶ Nestes casos, o termo é usado impropriamente. Muitas vezes, no entanto, não haverá nada de impróprio no recurso a este termo, que se utiliza num sentido mais próximo do que o mesmo assume, não no contexto dos contratos a favor de terceiro, mas no contexto, bem distinto, dos «contratos de adesão».²²⁸⁷

Na verdade, na sua quase totalidade, os contratos de seguro podem qualificar-se como contratos de adesão, pois o seu clausulado é previamente elaborado pelo segurador, não tendo o tomador quaisquer outras possibilidades para além de (i) celebrar o contrato nos exactos termos propostos; ou (ii) não celebrar de todo o contrato com aquele segurador. Se assim é, de um modo geral, esta situação mais se acentua sempre que o clausulado do contrato resulte do teor de um contrato-quadro previamente celebrado entre subscritor e segurador. Com efeito, aquilo a que se chama a «adesão» dos participantes corresponde, nestes casos, à pura e simples celebração de um contrato individual de seguro ao abrigo de um contrato-quadro.²²⁸⁸ Uma grande diferença entre o uso dos termos em ambos estes contextos está em que, no contrato a favor de terceiro, a adesão é um acto praticado por um terceiro, enquanto que, nos seguros colectivos, corresponde à declaração negocial mediante a qual cada um dos participantes se torna parte no respectivo contrato individual de seguro – motivo pelo qual este sentido também não coincide integralmente com o que o termo assume no contexto dos contratos de adesão, em que está em causa a adesão, pela contraparte do respectivo proponente, às cláusulas de um contrato de adesão elaboradas sem prévia negociação, e não o respectivo processo de formação.

2286 Cfr. o art. 43.º/3 LCS. Anteriormente, o art. 11.º/1 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho. Sobre esta exigência, cfr. *supra* n. 2253 e o texto a partir da n. 1695.

2287 Contrato de adesão é o contrato cujo conteúdo não tenha sido objecto de negociação individual. Caracteriza-o a predisposição unilateral: o seu conteúdo é estipulado por uma das partes em momento anterior ao da formação, limitando-se a(s) outra(s) parte(s) a manifestar em momento posterior a sua adesão a esse conteúdo. Esta manifestação poderá constar de uma proposta ou de uma aceitação mas com elas não se confunde. Necessário é que não tenha sido facultada ao(s) aderente(s) a possibilidade de influir no conteúdo do contrato. Sobre o conceito de contrato de adesão, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 173-181. Trata-se de um conceito de origem francesa. A expressão *contracts of adhesion* foi importada do francês para o vocabulário jurídico norte-americano por PATTERSON, *Delivery*, p. 222 (num artigo sobre contratos de seguros).

2288 Têm este sentido quase todas as referências à figura da «adesão» constantes da nossa LCS. Esse sentido é particularmente óbvio nos arts. 82.º/1, 88.º/1 e 89.º LCS. A excepção encontra-se no art. 199.º LCS. Este respeita à «adesão do beneficiário» ao benefício (e não à adesão do tomador-segurado ao contrato).

Vejamos um outro exemplo da nossa jurisprudência.²²⁸⁹ O caso diz respeito a um seguro colectivo sobre a vida do conjunto dos trabalhadores de uma empresa, subscrito por esta última. Trata-se de um seguro contributivo, pelo que, como seria de esperar, nos termos do disposto no contrato celebrado entre a empresa e o segurador, torna-se necessária a «adesão» de cada um dos participantes para estes passarem a estar cobertos pelo seguro. Este é, evidentemente, um caso em que o termo «adesão» é usado com o sentido de declaração negocial por virtude da qual cada um dos participantes se tornaria parte no respectivo contrato individual de seguro. O tribunal chega a afirmar que o subscritor actua na qualidade de «representante dos aderentes». Contudo, depois de invocar o disposto no art. 444.º/1 CC contra a qualificação do seguro de grupo como contrato a favor de terceiro, o tribunal aplica a este caso, por analogia, o disposto no art. 448.º/1 CC. Afirma que este preceito seria o que melhor se harmonizaria com a «exigência da adesão do beneficiário» – o que se estranha porque, por definição, a adesão do terceiro beneficiário nunca é necessária, no contexto de um contrato a favor de terceiro – e o que melhor protecção conferiria aos participantes – o que ainda mais se estranha, dado que mais depressa se chegaria à solução do problema se se tivesse tomado em consideração que, com a sua adesão, os participantes se tornaram na realidade partes nos respectivos contratos individuais de seguro, com toda a protecção que esse estatuto lhes traz, não carecendo, por conseguinte, da protecção supostamente conferida por uma analogia com o regime da protecção do terceiro beneficiário num contrato a favor de terceiro. O propósito da argumentação do tribunal parece ter sido o de justificar, no caso, a conclusão de que, por decorrência do princípio da boa fé, todas as alterações ao contrato deveriam ser de imediato comunicadas aos participantes, pelo que, não o tendo sido, não lhes seriam oponíveis.²²⁹⁰ Este exemplo é ilustrativo da necessidade de distinguir com clareza os vários sentidos que assume o termo «adesão» em direito e, mais especificamente, no direito contratual dos seguros.

A propósito da distinção entre os seguros colectivos compostos de um contrato-quadro seguido da celebração de uma sucessão de contratos individuais de seguro e os verdadeiros seguros de grupo, julgo conveniente, pela influência que teve na nossa reforma do direito contratual dos seguros, dar conta da evolução que teve lugar em

²²⁸⁹ Cfr. o Ac. STJ 13.04.1994.

²²⁹⁰ Sobre o actual regime legal das alterações a um seguro colectivo, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2334.

França nesta matéria. No ordenamento francês, há inúmeras referências legais à figura da «adesão» dos participantes aos seguros colectivos.²²⁹¹ Dir-se-ia, após uma leitura superficial dos preceitos relevantes, que o regime dos seguros colectivos apenas contempla a possibilidade de celebração de um contrato-quadro, entre segurador e subscritor, seguido de vários contratos individuais de seguro, celebrados entre o segurador e cada um dos participantes.²²⁹² A lei chega mesmo a dispor que o subscritor actua, nas relações com os participantes, enquanto representante do segurador.²²⁹³

2291 Cfr., por exemplo, o art. L. 141-1 CAfr. Neste preceito, define-se o seguro de grupo como o «contrato celebrado por uma pessoa jurídica ou um empresário em vista da adesão de um conjunto de pessoas que reúnam os requisitos definidos no contrato». Em seguida, delimitam-se os riscos a que o contrato pode respeitar (relativos à duração da vida, integridade física, maternidade, incapacidade para o trabalho, desemprego). Este preceito é demasiado restritivo, na medida em que, precisamente por tomar a parte pelo todo, parece limitar o seu alcance (i) aos seguros de pessoas (ii) que pressupõem a «adesão» dos participantes. Cfr. LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, pp. 706-720. Sobre a evolução legislativa francesa em matéria de seguros de grupo, cfr. BERDOT, *Assurance de Groupe*, p. 777. Explica o autor que a Lei n.º 81-5, de 07.01.1981, acrescentou ao Título I do *Code des Assurances* um Capítulo IV, dedicado aos seguros de grupo, que apenas continha um preceito: o art. L.140-1. O art. 16 da Lei n.º 89-1014, de 31.12.1989, introduziu nesse Capítulo IV os novos arts. L.140-1 a L.140-4, passando o antigo a L.140-5. A estas deverá acrescentar-se toda uma série de pequenas reformas legislativas, que não merece a pena enunciar, mas que envolveram a renumeração dos artigos iniciais e a composição de regimes diferenciados em função das espécies de seguro em causa, em resultado das quais o regime legal dos seguros de grupo compreende, actualmente, o conteúdo do Título IV, que se compõe dos arts. L.141-1 a L.141-7, L.142-1 a L.142-5, L.143-1 a L.143-9 e L.144-1 a L.144-4 CAfr.

2292 Talvez tenha sido, inicialmente, assim. Cfr. PICARD/BESSON, *Assurances Terrestres*, pp. 722-726. Os autores começam por dizer que, num seguro de grupo, existe um contrato de seguro estipulado pelo tomador – o subscritor – em benefício dos participantes. Mas acrescentam que o seguro só se torna efectivo relativamente a estes últimos após a sua adesão, mediante o preenchimento e a assinatura de um boletim de adesão, contendo as declarações habituais sobre o risco, bem como a designação beneficiária.

2293 Cfr. o art. L. 141-6 CAfr. O preceito é bastante extenso. Foi introduzido em 1994. Nele se dispõe que «tanto para as adesões ao contrato quanto para a sua execução, considera-se que, no que concerne ao aderente, ao segurado e ao beneficiário, o subscritor actua como mandatário da empresa de seguros com quem o contrato foi celebrado o contrato». Ressalvam-se os actos para cuja prática o subscritor não tem poderes, se o aderente houver sido informado da sua falta de poderes. Dispõe-se, ainda, que, em caso de extinção do subscritor, «o contrato prossegue de pleno direito entre a empresa de seguros e as pessoas anteriormente aderentes ao seguro de grupo». Por fim, excluem-se algumas modalidades de seguros de grupo do âmbito de aplicação deste preceito. Cfr. LAMBERT-FAIVRE, *Assurances*, p. 709. A propósito da referência à actuação do subscritor como representante do segurador, diz a autora que, com a introdução deste preceito, a referência jurídica à estipulação para terceiro constante do art. L. 112-1 CAfr se tornou inútil para explicar as relações entre subscritor e «aderente» nos seguros de vida. Este preceito passaria a limitar a referência ao mecanismo da estipulação para terceiro às relações tradicionais entre segurado-aderente e terceiros beneficiários (p. 164). Mais uma vez, se toma a parte pelo todo, desta feita partindo-se do pressuposto de que em todos os seguros colectivos se dá uma verdadeira «adesão» dos participantes. Veremos melhor em seguida que não é assim. Quanto a este aspecto em particular, a lei francesa segue na direcção oposta à da generalidade dos ordenamentos continentais europeus, onde o subscritor é visto como um representante, directo ou indirecto, dos participantes. Entre nós, cfr. o Ac. STJ 06.07.1993. «O contrato de seguro de grupo é um contrato celebrado entre uma companhia de seguros e um tomador, que é quem representa o grupo de segurados que ao contrato vêm a aderir.» Cfr. ainda, no

Todavia, apercebemo-nos depois de que, neste sistema, jurisprudência e doutrina distinguem entre duas grandes categorias do que chamam *assurances de groupe*, mas que, em conformidade com os conceitos acima delineados, chamarei «seguros colectivos»: (i) os de «adesão obrigatória» (*assurances de groupe à adhésion obligatoire*); e (ii) os de «adesão facultativa» (*assurances de groupe à adhésion facultative*).²²⁹⁴ Esclarece-se que a distinção entre as categorias se faz consoante impenda ou não sobre os membros do grupo uma «obrigação de adesão» ao seguro colectivo. Contudo, esta figura não é o que parece:

«Se há sempre, à partida, um contrato de base entre o subscritor e o segurador, as modalidades de adesão dos aderentes variam consideravelmente de um tipo contratual para outro. Esquemáticamente, no domínio dos contratos de adesão obrigatória para protecção social complementar, não há adesão individual propriamente dita pelos aderentes. A sua pertença ao grupo seguro é suficiente para lhes conferir a qualidade de aderentes e de segurados. Pelo contrário, no domínio dos contratos de adesão facultativa, há uma verdadeira adesão individual dos aderentes, que preenchem um boletim individual de adesão.»²²⁹⁵

Explica a doutrina que, nos seguros de «adesão facultativa», o contrato celebrado entre subscritor e segurador não chega a conferir aos participantes a qualidade de segurados,

mesmo sentido, os Ac. STJ 13.04.1994; e Ac. STJ 27.09.2007 (Pereira da Silva). No Brasil, cfr. o art. 801.º/1.º CCBr de 2002. Em Espanha, cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, p. 1469. Um dos termos mais comumente usados na língua alemã para se lhe referir tem mesmo o significado de «representante do grupo» (*Gruppenspitze*). Cfr., por exemplo, o *Gruppenspitze* de WINTER. Segundo o autor, por regra, o representante do grupo não actua perante os membros do grupo em representação do segurador. Como excepção, aponta os casos em que o subscritor tem procuração para receber os prémios em nome do segurador, liberando logo os participantes do seu dever, ao receber deles o pagamento (pp. 89-90). Nos EUA, todavia, onde a jurisprudência apontava tradicionalmente nesse sentido, há mostras de uma viragem, no sentido de uma abordagem casuística, em virtude da constatação de que, por vezes, o tratamento do subscritor como representante do segurador, pelo menos para certos efeitos, é o modelo mais protector dos participantes e beneficiários. E não se exclui a possibilidade de uma *dual agency*. Neste sentido, CLARKE/BURLING/PURVES, *Insurance Contracts*, pp. 234-235. Daí a prática de alguns seguradores, de procederem a auditorias regulares aos subscritores-empregadores, certificando-se que estes desempenham bem o seu papel – o que se vem tornando importante, na medida em que os tribunais considerem que os actos destes últimos vinculam também os primeiros. Neste sentido, *Employer/Insurer Relationship* (anón.), pp. 824-828.

2294 Neste sentido, BIGOT, *Traité III*, p. 479. BERDOT, *Assurance de Groupe*, p. 778, nota e referência implícita à distinção entre «seguros de grupo de adesão obrigatória» e os «seguros de grupo de adesão facultativa» no (actual) art. L.141-4 CAfr. O preceito dispõe que a faculdade de denúncia do contrato na sequência de alterações ao seu conteúdo só assiste aos segurados nesta última categoria.

2295 BIGOT, *Traité III*, p. 493.

sendo ainda preciso, em primeiro lugar, que estes preencham um boletim individual de adesão e, em segundo lugar, que o segurador aceite, individualmente, os seus pedidos de adesão, funcionalmente assimilados a uma proposta de seguro. Serão então esses contratos entre o segurador e cada um dos aderentes os verdadeiros contratos de seguro, sendo o primeiro apenas um contrato-quadro celebrado com vista à adesão de um conjunto de pessoas.²²⁹⁶

Este aspecto conduz alguns autores a distinguir os seguros colectivos «ordinários» e os seguros colectivos «particulares».²²⁹⁷ Teríamos então dois tipos de vinculações bem distintas: (i) numa primeira categoria de seguros, a celebração do contrato colectivo não faz nascer, em rigor, qualquer vinculação de seguro por parte do segurador, que se reserva a faculdade de seleccionar os riscos efectivamente por si cobertos, ou seja a garantir ou não cada membro do grupo que apresente a sua candidatura; (ii) numa segunda categoria, a celebração do seguro faz nascer directamente o vínculo de garantia de cada membro do grupo. Esta classificação é equivalente à anterior: seguros colectivos ordinários são os seguros de «adesão facultativa» e seguros colectivos particulares são os seguros de «adesão obrigatória».²²⁹⁸

Nos seguros de «adesão facultativa», o segurador define com o subscritor as características técnicas e jurídicas do seguro que será proposto aos membros do grupo, vincula-se perante o subscritor a examinar os pedidos de adesão, sem no entanto se obrigar a aceitá-los, não assume nenhum compromisso firme e definitivo de seguro relativamente aos membros do grupo, reservando-se a selecção individual, pelo que o contrato celebrado com o subscritor é um contrato-quadro. O verdadeiro contrato de seguro será aquele que é celebrado entre o segurador e cada um dos aderentes. Nos seguros de «adesão obrigatória», ao celebrar o contrato com o subscritor, o segurador aceita garantir os riscos dos participantes, sem necessidade do respectivo consentimento. Não se celebram quaisquer contratos individuais de seguro entre o segurador e cada um dos participantes. Os direitos dos participantes são os que lhes forem conferidos pela estipulação para terceiros constante do contrato de seguro colectivo.

²²⁹⁶ Conforme enuncia o art. L.141-1 CAfr. Neste sentido, BIGOT, *Traité III*, p. 494.

²²⁹⁷ Cfr. KULLMANN, *Assurances Collectives*, pp. 524-530.

²²⁹⁸ Cfr. BIGOT, *Traité III*, p. 494.

Há mesmo quem compare esta situação ao seguro de um rebanho pelo respectivo dono.²²⁹⁹ Todavia, não deverá ir-se tão longe. O conjunto de segurados não pertence ao subscritor, não são seus os riscos cobertos, as prestações não lhe são destinadas – logo, não é ele o segurado. Só o mecanismo da estipulação para terceiro permite explicar que os segurados, terceiros em face do contrato de seguro de grupo, adquiram essa qualidade e o direito de exigir do segurado a execução de prestações contratuais.²³⁰⁰

Em vista do exposto, deverá concluir-se que, não obstante as expressões menos felizes utilizadas na lei francesa e, na sua senda, pela jurisprudência e doutrina de expressão francesa, a «obrigação de adesão» é tudo menos uma obrigação, no sentido jurídico do termo, e a «adesão obrigatória» será tudo menos uma adesão, em qualquer dos sentidos jurídicos que o termo possa assumir. Na primeira categoria de contratos, a «adesão» será, no máximo, uma ficção. Trata-se, muito simplesmente, da distinção entre os seguros de grupo em sentido próprio, que correspondem, sensivelmente, aos seguros colectivos de «adesão obrigatória», e os seguros colectivos com uma relação contratual complexa, compostos por um contrato-quadro e por uma sucessão de contratos individuais de seguro, que correspondem, em grandes linhas, aos seguros colectivos de «adesão facultativa». Em suma, nas palavras de um autor francês, tomada à letra, a definição de seguro de grupo constante da lei francesa não se adapta, nem a uma, nem a outra destas categorias de seguro de grupo, «o que demonstra, mais uma vez, se tal ainda fosse necessário, a inanidade das definições legais» nesta matéria.²³⁰¹

8.2.2. Celebração e inclusão nos seguros de grupo

Mesmo circunscrevendo-nos ao domínio dos verdadeiros seguros de grupo, rapidamente verificamos que é demasiado rígida a simples dicotomia traçada pela doutrina francesa, que identifica uma única modalidade de celebração do que designa como seguros de «adesão obrigatória» (vimos que estes correspondiam, *grosso modo*, aos verdadeiros seguros de grupo). Nas doutrinas de expressão germânica, houve já quem se ocupasse em esquematizar as diversas possibilidades de formação de contratos de seguro de grupo.²³⁰²

2299 Neste sentido, KULLMANN, *Assurances Collectives*, p. 528.

2300 Neste sentido, BIGOT, *Traité III*, pp. 497-498.

2301 BIGOT, *Traité III*, p. 498.

2302 Veja-se, por todos, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 16-25, *maxime* p. 17; e *Ausgestaltungsmöglichkeiten*, pp. 1213-1217, *maxime* p. 1214. Mais recentemente, cfr. WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 131-141. Na esquematização que se segue, não me afasto da exposição de MILLAUER.

Em primeiro lugar, uma vez celebrado o contrato de seguro de grupo entre o subscritor e o segurador, e pensando ainda, unicamente, na intervenção do subscritor e do segurador, a cobertura de cada um dos participantes pode ser: (i) automática; ou (ii) carecer de participação.²³⁰³ Nos seguros de cobertura automática, a participação pode nem chegar a existir, ou corresponder a uma obrigação do tomador com efeito meramente declarativo. São estes os casos em que os participantes se encontram cobertos pelo simples facto de pertencerem ao grupo descrito no contrato como grupo seguro. Os que não pertencerem ao grupo no momento da contratação, tornar-se-ão segurados, automaticamente, com a sua entrada no grupo – caso se trate de seguros abertos a novos participantes.²³⁰⁴ Neste caso, não existe um grupo segurável distinto do grupo seguro. Nos seguros cuja cobertura não seja automática, a participação do subscritor tem efeito constitutivo, estendendo-se a cobertura a cada um dos participantes somente após a sua participação ao segurador. Neste caso, a participação pode (a) corresponder a uma obrigação do subscritor perante o segurador; ou (b) estar na discricionariedade do subscritor praticá-la ou não relativamente a cada um dos membros do grupo segurável.²³⁰⁵ Em qualquer dos casos, a participação pode ser (1) suficiente; ou (2) carecer ainda da aceitação do segurador. Esta pode corresponder (α) a um dever do segurador; ou (β) a um seu acto discricionário.²³⁰⁶

2303 Neste sentido, também MAGNUSSON, *Gruppenversicherung*, pp. 4-5; e WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 131-141, que distinguem o seguro de grupo «forçado» (*Zwanggruppenversicherung*), em que é automática a entrada e saída do seguro, na decorrência da entrada e saída do grupo, e o seguro de grupo «com participação» (*Gruppenversicherung mit Anmeldung*), em que a entrada no seguro carece da participação do subscritor, sendo a participação constitutiva – esta distingue-se da participação meramente declarativa existente nalguns seguros automáticos. No primeiro, uma vez definido o grupo, cobrem-se durante toda a vigência do contrato os riscos da totalidade dos seus membros presentes ou futuros. A partir da celebração do contrato, as partes não têm mais nada a dizer sobre quem beneficia ou não da cobertura do seguro, a não ser por via de uma alteração contratual. A relação de seguro encontra-se totalmente dependente da pertença ao grupo: na entrada como na saída. A última autora menciona a possibilidade de se segurar um grupo fechado desde o início, caso em que a definição do grupo acaba por passar para um segundo plano, na medida em que o objecto do seguro se encontra, à partida, totalmente definido.

2304 BUCHNER/CUNTZ/FISCHER/MILLAUER, *Gruppenversicherung*, cc. 881-882, distinguem ainda, nestes seguros, entre os seguros de grupo com e sem entrada de novos participantes.

2305 WINTER, *Gruppenspitze*, p. 27, afirma que é frequente o subscritor obrigar-se nestes termos perante o segurador, na medida em que a celebração do seguro de grupo concede aos seus membros condições vantajosas comparativamente à contratação individual, que só se justificam em virtude da dimensão ou potencial dimensão do grupo seguro. Outra possibilidade é a de sujeitar a produção de efeitos do contrato à entrada de um número mínimo de participantes. Exemplo de semelhante condição é-nos dado pelo Ac. STJ 10.05.2007 (cfr. *supra* o texto a partir da n. 2278).

2306 Cfr. WIESER, *Gruppenversicherungen*, pp. 136-141, na senda de MILLAUER. Também MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, p. 731, distingue os seguros de grupo consoante haja facultatividade ou obrigatoriedade de inclusão, do lado, quer do segurador, quer do subscritor. Note-se que esta distinção nada tem que ver com a distinção traçada pela doutrina de expressão francesa entre os

Tudo isto pode ainda ser insuficiente para a validade e/ou eficácia da entrada de cada participante no seguro. Com efeito, a validade do seguro em relação a cada um dos participantes, e a resultante eficácia da respectiva cobertura, pode sujeitar-se, designadamente, ao requisito de obtenção do respectivo consentimento. Esta exigência decorre, por vezes, da lei, como vimos que acontece, no nosso ordenamento, em relação à generalidade dos seguros de vida e de acidentes pessoais.²³⁰⁷ Naturalmente, no que respeita unicamente à eficácia da cobertura, o próprio contrato pode estender esta exigência a outras classes de seguro, ou fazer depender a sua cobertura de outros requisitos, como o fornecimento de certa informação ao segurador.

Para um exemplo real de um seguro de grupo em que é automática a cobertura de cada um dos participantes, aos quais bastará serem ou tornarem-se membros do grupo segurável, que é simultaneamente o grupo seguro, pense-se no seguro de responsabilidade civil profissional contratado pela ordem dos advogados em benefício de todos os seus membros.²³⁰⁸ Este é um caso em que o seguro de grupo é, claramente, um contrato a favor de terceiro, dado os participantes assumirem a posição de terceiros-segurados, com os direitos neste caso da mesma decorrentes, sem necessidade de aceitação ou de qualquer outra intervenção no processo negocial. Mais ainda, trata-se de um seguro em que as partes afastaram, ainda que implicitamente, a figura da adesão aos efeitos do contrato. Se a um advogado ocorresse dirigir uma carta, à ordem ou ao segurador, manifestando a sua adesão, semelhante declaração seria certamente recebida com alguma perplexidade pelos respectivos destinatários.²³⁰⁹

Este caso, dado o cariz automático da cobertura, é menos atreito a dificuldades. O mesmo não se dirá dos casos em que, não obstante a desnecessidade de aceitação pelos terceiros; ou sequer de um acto de adesão, em qualquer dos sentidos do termo, se exige, por estipulação das partes, com efeito constitutivo, a participação da sua entrada no grupo, a efectuar mediante declaração do subscritor ao segurador. Ou seja, nos casos em

«seguros de adesão obrigatória» e os «seguros de adesão facultativa». Cfr. *supra* o texto junto à n. 2294.

2307 Sobre esta exigência, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1695 e a n. 2253.

2308 Este exemplo também é dado por KULLMANN, *Assurances Collectives*, p. 529. Trata-se de um exemplo real, quer em França, quer em Portugal.

2309 Sobre a questão da revogabilidade ou irrevogabilidade dos efeitos de terceiro nos contratos de execução continuada, cfr. *infra* o texto a partir da n. 2340. Este exemplo será então retomado.

que se torna necessário um *acto de inclusão* do participante no seguro, que até então se limita a fazer parte do grupo segurável, mas não do grupo seguro.

Como exemplo desta modalidade de seguro de grupo – sublinhe-se: de verdadeiro seguro de grupo – tem particular interesse o seguinte caso verídico, relativo a um seguro de acidentes pessoais de bombeiros voluntários.²³¹⁰ Era – ainda é – um seguro obrigatório.²³¹¹ O subscritor, tomador do seguro, era um município, que se encontrava obrigado a comunicar ao segurador quais os bombeiros voluntários a serem cobertos pelo seguro. Até certa altura, o tomador enviara ao segurador, com alguma regularidade, listagens actualizadas com a identificação dos bombeiros voluntários ao seu serviço. A certa altura, deixou de fazê-lo. Os elementos disponíveis ao tribunal superior nem sempre são inteiramente esclarecedores, pois as instâncias não foram certeiras na identificação das questões jurídicas a considerar, mas tudo indica que se tratava de um caso em que, por omissão do subscritor, alguns bombeiros voluntários não chegaram a ser incluídos no grupo seguro.

A omissão do subscritor traduziu-se, por conseguinte, na falta de participação, ou de inclusão, e não, como entendeu o tribunal, na falta de «adesão» dos bombeiros voluntários, cuja intervenção, pessoal ou por representante, não vinha, pura e simplesmente, ao caso. A conclusão do tribunal foi no sentido de que, tratando-se este de um contrato de adesão, a omissão da formalidade quanto a um ou outro dos «aderentes» importaria a nulidade parcial do contrato, na sua relação com esses «aderentes».²³¹² O nome do bombeiro falecido que suscitara o caso não constava de nenhuma das listagens enviadas pelo subscritor ao segurador, o que conduziu o tribunal à conclusão de que o mesmo «não aderiu ao contrato» – por si ou «através do município». Embora, na prática, uma correcta análise da situação não alterasse a conclusão de que o bombeiro falecido

2310 O exemplo é retirado do Ac. STJ 16.11.1993.

2311 No caso em apreço, por virtude do disposto no art. 6.º do Decreto n.º 35 746, de 12 de Julho de 1946, na redacção que lhe foi dada pelo DL n.º 36/80, de 14 de Março, correspondente ao actual art. 23.º do DL n.º 241/2007, de 21 de Junho.

2312 O tribunal baseou a sua conclusão, em parte, na cláusula do contrato que dispunha que o incumprimento, pelo município, do dever de comunicar ao segurador todas as alterações na identificação dos bombeiros voluntários ao seu serviço geraria a «nulidade» do contrato. Esta cláusula teria de ser interpretada *cum grano salis*, na medida em que não cabe às partes num contrato cominarem seja o que for com uma sanção de nulidade. A interpretação do tribunal, ao desconsiderar esta questão, conduziu-o à conclusão de que o município se encontraria obrigado a «vigiar pela validade do contrato».

não se encontrava coberto pelo seguro, não há aqui nulidade, total ou parcial, por falta de uma suposta adesão, que no caso não se encontrava sequer prevista. O município, muito simplesmente, falhou a prática de um acto inclusão: a participação a que estaria obrigado.²³¹³

O problema da inclusão tem sido particularmente aprofundado em numerosa jurisprudência relativa ao seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem.²³¹⁴ Neste ponto, mostra-se conveniente abrir um parêntese, para esclarecer que, segundo a melhor doutrina, este não é, em rigor, um verdadeiro seguro de responsabilidade civil, mas antes um seguro de acidentes pessoais, em que são terceiros-segurados os próprios trabalhadores. Na verdade, por definição, os verdadeiros seguros de responsabilidade civil celebram-se, necessariamente, por conta dos eventuais responsáveis e não dos eventuais lesados – ainda que a estes últimos seja conferida, por disposição legal ou estipulação contratual, uma pretensão contra o segurador. Quando se verifica que alegados seguros de responsabilidade civil se celebram, na realidade, por conta dos eventuais lesados, que passam assim a dever qualificar-se como os verdadeiros segurados, os contratos deixam de poder qualificar-se como seguros de responsabilidade civil.²³¹⁵

Esta conclusão é independente da questão de saber se está ou não em causa um problema de responsabilidade civil do empregador perante os seus trabalhadores.²³¹⁶ Basta recordar

2313 Este caso é analisado com algum pormenor por PAULA ALVES, *Seguro de Grupo*, p. 324. A autora não tem em conta as diferenças entre as diversas modalidades de seguros colectivos, tomando a parte pelo todo, no que aos seguros colectivos e de grupo diz respeito, e sustentando que, neste como em todos os casos, se trataria de contratos trilaterais celebrados entre segurador e subscritor a que adeririam, como partes, os participantes (cfr. pp. 245, 289, 295, 329 e 345). A autora parece reflectir sobretudo com base nos casos que, na terminologia aqui usada, não correspondem sequer a seguros de grupo, mas antes a contratos-quadros, seguidos da celebração de um contrato de seguro por cada participante. A autora encara a formação em dois momentos como característica de todo o seguro de grupo: celebração de contrato entre segurador e tomador e adesão das pessoas seguras. Concorde, por conseguinte, com a conclusão do tribunal, de que este seria um caso de «falta de adesão».

2314 Cfr. os arts. 37.º e 38.º da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro. Cfr. ainda os arts. 303.º e 304.º CT.

2315 Neste sentido, DONATI, *Trattato III*, p. 333. O autor sustentava que foi precisamente isso que sucedeu no caso do seguro de acidentes pessoais celebrado pela entidade empregadora em benefício dos respectivos trabalhadores por conta de outrem. Na Alemanha, o problema não se põe (cfr. *supra* n. 1834). FONTAINE, *Reforme*, pp. 145-155, dá conta de que, na Bélgica, a transição de um seguro baseado na responsabilidade objectiva do empregador para um puro e simples seguro de acidentes pessoais se deu por via de uma alteração legislativa, em 1971. Contudo, entre nós podemos chegar à mesma conclusão, na ausência de uma intervenção explícita do nosso legislador.

2316 Especificamente sobre esta questão pronunciou-se MENEZES LEITÃO, *Reparação*, pp. 554-572. O autor analisa os pressupostos da indemnização por acidente de trabalho, concluindo que são bem diferentes dos pressupostos da responsabilidade civil. Sublinha o considera ser a inexistência de um

a função substitutiva de um seguro de responsabilidade civil muitas vezes desempenhada pelo seguro de coisas ou de pessoas por conta de outrem.²³¹⁷ O seguro de acidentes de trabalho de trabalhadores por conta de outrem deve qualificar-se como um seguro de acidentes pessoais, tendo como segurados, não o empregador, como seria o caso se se tratasse de seguros de responsabilidade civil, mas antes os seus trabalhadores.

Note-se que o próprio regulador apontou, indirectamente, nesse sentido, ao definir a «pessoa segura» como o «trabalhador por conta de outrem, ao serviço do tomador do seguro, no interesse do qual o contrato é celebrado».²³¹⁸ Atente-se ainda na circunstância de o regulador ter redigido à imagem deste o clausulado uniforme a que sujeitou o seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores independentes²³¹⁹ – que, indisputadamente, corresponde a um seguro de acidentes pessoais, porque o dever de o subscrever impende sobre os eventuais acidentados.²³²⁰

nexo de imputação do dano à pessoa do empregador, ou a qualquer outra pessoa, o que se relaciona com a circunstância de a protecção do seguro se dirigir à cobertura dos riscos do próprio trabalhador, quando coloca no mercado a sua força de trabalho, e não aos riscos especificamente criados pelo empregador, bem como, finalmente, o não ressarcimento de todos os danos decorrentes de um acidente de trabalho, mas apenas dos danos patrimoniais sofridos na pessoa de vítima mortal ou com redução na capacidade de trabalho ou de ganho, calculados em função de valores tabelados. O autor conclui que a lei teria criado na esfera do empregador um dever de assistência social que teria como único objecto a celebração de um contrato de seguro. Não são estes os meus argumentos. A posição que defendo é independente desta, que não cabe nesta sede analisar. Todavia, não posso deixar de observar que, não se tratando de responsabilidade civil do empregador, dificilmente se encontra justificação para o dever de indemnizar os trabalhadores que impende sobre o empregador na falta do seguro.

2317 Cfr. *supra* o texto junto à n. 1978.

2318 Art. 1.º da Apólice Uniforme do Seguro de Acidentes de Trabalho para Trabalhadores por Conta de Outrem, aprovada pela Norma n.º 12/99-R, de 8 de Novembro, alterada pelas Normas n.ºs 11/2000-R, de 13 de Novembro, 16/2000-R, de 21 de Dezembro, e 13/2005-R, de 18 de Novembro.

2319 A Apólice Uniforme do Seguro de Acidentes de Trabalho para Trabalhadores Independentes foi aprovada pela Norma n.º 14/99-R, de 16 de Dezembro, alterada pelas Normas n.ºs 11/2000-R, de 13 de Novembro, 16/2000-R, de 21 de Dezembro, e 13/2005-R, de 18 de Novembro.

2320 Não obstante a estranha redacção do art. 2.º/1) da Apólice Uniforme. Cfr. o art. 3.º da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, e o art. 1.º/1 do DL n.º 159/99, de 11 de Maio. Cfr. ainda o disposto no art. 18.º/2 CT. Este argumento é também usado por MENEZES LEITÃO, *Reparação*, p. 572 n. 80. Veja-se, contudo, o art. 138.º/3 LCS. Ao dispor expressamente que a secção dedicada aos seguros de responsabilidade civil se aplica também «ao seguro de acidentes de trabalho sempre que as disposições especiais consagradas neste regime não se lhe oponham», não é certo se a lei pretende com isto dizer que o regime se aplica, apesar de este não ser um seguro de responsabilidade civil, ou que se aplica por ser um seguro de responsabilidade civil, apesar da existência de um regime especial. Note-se, para além do mais, que não existe «o» seguro de acidentes de trabalho. Existem pelo menos dois: (i) o seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem; e (ii) o seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores independentes. Para não mencionar os variados seguros obrigatórios de acidentes pessoais aplicáveis a actividades profissionais específicas. E é claro que só com muito boa vontade se vislumbra alguma razão de ser para a aplicação, ao seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores independentes, do regime legal dos seguros de responsabilidade civil.

Também só assim se compreende a classificação deste seguro, sempre que seja caso disso, entre os verdadeiros seguros de grupo – ou, de todo em todo, entre os seguros colectivos. De contrário, seríamos forçados a concluir tratar-se de um seguro individual, semelhante a tantos outros, visto a generalidade dos seguros de responsabilidade civil contemplar a possibilidade de uma pluralidade de terceiros lesados, sem com isso se transformar num seguro colectivo.

A questão da inclusão foi abundantemente tratada pela nossa jurisprudência a propósito do chamado «seguro por folha de férias». Existem seguros de acidentes de trabalho «a prémio fixo» e «a prémio variável».²³²¹ Entre os primeiros contam-se o seguro de um ou mais trabalhadores identificados pelo nome e o seguro de um número determinado de trabalhadores identificados pela função. Entre os segundos, sobressai o seguro por folha de férias. Note-se que as modalidades não se ficam por aqui, não tendo esta enumeração quaisquer pretensões de exaustividade. Sobre o seguro por folha de férias pronunciou-se neste sentido o STJ:

«Na verdade, nesta modalidade de seguro, a entidade patronal transfere a sua responsabilidade infortunistica pelos danos sofridos por um número variável de pessoas. Por conseguinte, tal variabilidade de pessoal, que implica necessariamente uma variação de massa salarial, terá que repercutir-se no montante dos prémios a cobrar. O objecto do seguro de prémio variável depende, pois, da declaração periódica do tomador de seguro que, para não celebrar diversos contratos consoante as flutuações do pessoal que emprega, firma um único contrato com conteúdo variável, sendo consequentemente variável a respectiva obrigação de seguro. Compreende-se, assim, a obrigação da empregadora de incluir o trabalhador nas folhas de férias a enviar à seguradora até ao dia quinze do mês seguinte ao início das respectivas funções.»²³²²

2321 Cfr. o art. 4.º da Apólice Uniforme. Há ainda a possibilidade de celebração do chamado «seguro por área», em que o prémio é calculado, não em função do número de trabalhadores, mas em função da área – área de construção civil de edifícios ou área cultivada. Cfr. as Condições Especiais 02 e 03.

2322 Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2001, p. 8494. A obrigação do subscritor de enviar mensalmente ao segurador, até ao dia quinze de cada mês, as folhas de retribuições pagas no mês anterior a todo o seu pessoal, consta do art. 16.º/1/c) da actual Apólice Uniforme. Cfr. ainda a respectiva Condição Especial 01 (seguros de prémio variável).

Esta figura causava alguma perplexidade aos nossos tribunais, originando jurisprudência discordante, que adoptara «*soluções*, não só diversas, *como até contraditórias*».²³²³ Não apenas quanto ao seu correcto enquadramento jurídico mas também quanto às consequências da verificação de discrepâncias entre o real e o declarado. Com efeito, eram (e ainda são) frequentes os casos em que ocorrem acidentes com trabalhadores cuja existência o subscritor (ainda) não participara ao segurador. Esta situação criava as mais sérias dúvidas.

Temos, em primeiro lugar, a posição veiculada no aresto, já referido, relativo ao seguro obrigatório de acidentes pessoais de bombeiros voluntários, que via o seguro de grupo como um contrato parcialmente inválido, na parte respeitante aos trabalhadores omitidos das folhas de férias. Esta posição fora perdendo terreno, pelo menos no domínio dos acidentes de trabalho.

Uma segunda corrente jurisprudencial, mais protectora do trabalhador, sustentava que o seguro por folha de férias, em relação ao trabalhador sinistrado, era um contrato a favor de terceiro, sendo o trabalhador um terceiro beneficiário, do que resultaria que a omissão do nome do sinistrado nas folhas de férias, podendo relevar no domínio das relações entre o segurador e o subscritor, não era circunstância que obstasse a que o sinistro de que o trabalhador fosse acidentado estivesse a coberto do seguro. Apenas as omissões e inexactidões fraudulentas gerariam a sua anulabilidade.²³²⁴

Por fim, temos a corrente jurisprudencial que vinha a tornar-se maioritária, e que fez vencimento, segundo a qual a omissão do nome do trabalhador nas folhas de férias remetidas ao segurador tem por única consequência a sua não cobertura pelo contrato de seguro, por falta de participação, não dando azo a qualquer invalidade, na medida em que não configura um problema de formação do contrato mas antes um problema na sua execução.²³²⁵ Subcrevo as seguintes conclusões do tribunal:

2323 Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2001, p. 8492.

2324 Neste sentido, veja-se, designadamente, os Ac. STJ 16.01.1991; Ac. STJ 05.06.1991; Ac. STJ 03.07.1996; e Ac. STJ 02.10.1996. O tribunal não explica o afastamento do disposto no art. 449.º CC.

2325 Veja-se, por todos, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2001. Já o defendia FLORBELA PIRES, *Acidentes de Trabalho*, pp. 76-79. Para exemplos jurisprudenciais anteriores, cfr. os Ac. STJ 14.04.1999; Ac. STJ 09.12.1999; Ac. STJ 31.10.2000; e Ac. STJ 25.01.2001.

«O incumprimento, por parte do tomador de seguro, da obrigação consubstanciada na inclusão do(s) trabalhador(s) ao seu serviço na folha de férias a enviar à seguradora até ao dia 15 do mês seguinte ao do início das funções do(s) respectivo(s) trabalhador(es), determina, consequentemente, a não assunção de responsabilidade, por parte da seguradora, pelos danos sofridos pelo trabalhador omitido, pois verifica-se uma situação de não cobertura, decorrente do não preenchimento das condições necessárias estabelecidas pelas partes, para a assunção da responsabilidade, tendo a entidade patronal de suportar o pagamento do que for devido ao trabalhador.»²³²⁶

Assim como nos seguros por folha de férias, também nos seguros a prémio fixo com identificação dos trabalhadores seguros se geram, com alguma frequência, problemas de falta de inclusão.²³²⁷ Já os seguros a prémio fixo de um número determinado de trabalhadores identificados pela função geram outra espécie de problemas.²³²⁸ Estão estes essencialmente relacionados com a verificação de discrepâncias entre o número real e declarado de trabalhadores ao serviço do subscritor. Já se sustentou que, se o segurador aceita esta modalidade de seguro, tem de assumir os riscos de fraude que a modalidade consente, não podendo eximir-se da responsabilidade por quaisquer sinistros que venham a verificar-se quando nos trabalhos abrangidos pelo contrato foi utilizado mais pessoal do que aquele que estava seguro. A obrigatoriedade do seguro funcionaria como uma garantia, dada a capacidade económica dos seguradores face às limitadas possibilidades das entidades patronais, genericamente consideradas.²³²⁹

2326 Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2001, p. 8494.

2327 Nestes casos, ocorrem com frequência problemas de falta de cobertura, dado que a omissão de actualização do seguro leva a que este se destine a cobrir trabalhador que já não se encontra ao serviço, não cobrindo o trabalhador que o veio substituir. Trata-se de um seguro de pessoa determinada, pelo que o problema é de falta de cobertura dos riscos, o que significa que, tendo a entidade patronal omitido a comunicação da substituição de um trabalhador, o novo trabalhador não se encontra coberto pelo contrato. Neste sentido, cfr. o Ac. STJ 26.09.1990.

2328 Estes são frequentes, designadamente, quando se trata de seguro de empregada doméstica, de motorista, de jardineiro... Por vezes os segurados encontram-se nominalmente identificados, mas é talvez mais frequente, bem como mais prático, a sua identificação pela função, por forma a que a substituição, por hipótese, de uma empregada por outra, em nada afecta o seguro, que continua a aplicar-se à nova empregada.

2329 Neste sentido, Ac. RL 30.07.1986.

Actualmente não restam dúvidas de que não é assim. Conforme resulta das decisões jurisprudenciais sobre a matéria, a resolução desta questão depende da natureza originária ou superveniente da discrepância. Sempre que, à data em que o contrato foi celebrado, o subscritor declarou um número de trabalhadores ao seu serviço significativamente inferior ao número real, o contrato será inválido.²³³⁰ Quando o problema detectado respeita, não à data de celebração do contrato, mas à data de ocorrência do sinistro, determina-se, pelo contrário, que o contrato é válido e eficaz, e que o sinistro se encontra coberto, simplesmente reconhece-se ao segurador um direito de regresso contra o subscritor por todas as importâncias suportadas para a reparação do acidente.²³³¹

Formalmente, não há qualquer contradição entre ambos os regimes.²³³² E não se nega que esta é a solução para que apontam as disposições relevantes do actual clausulado uniforme.²³³³ Todavia, não pode deixar de notar-se que a solução não revela total consistência, nas perspectivas, quer de técnica jurídica, quer de política legislativa. A distinguir entre as várias situações, melhor se faria em distinguir consoante a falha provenha de declarações inexactas na data em que foram proferidas ou de um mero atraso na sua actualização, e não consoante o problema seja originário ou superveniente em relação ao contrato, dado que só a primeira distinção permite discriminar em função da maior ou menor condenabilidade do comportamento do subscritor.

8.2.3. Alteração e cessação dos seguros colectivos e de grupo

Não obstante um número significativo de situações de charneira, a análise, que se segue, da margem de manobra das partes na alteração e cessação dos contratos nas várias modalidades de seguros colectivos centra-se nos dois paradigmas acima caracterizados (i)

2330 Neste sentido, cfr. os Ac. STJ 20.02.2002; e Ac. STJ 20.09.2006. Neste último, o tribunal entendeu ser «nulo», devido às declarações inexactas contidas na proposta de seguro, o contrato de seguro nestes termos celebrado, em que o tomador indica um número total de seis trabalhadores quando na realidade tinha ao seu serviço dezanove. No primeiro, a situação de facto era em tudo semelhante, dado o seguro cobrir um total de dois trabalhadores e o tomador ter na verdade sete trabalhadores, à data de celebração do contrato. Os tribunais basearam-se no disposto no art. 429.º CCom, entretanto revogado, e no art. 8.º da Apólice Uniforme.

2331 Neste sentido, cfr. o Ac. STJ 11.02.2004. A decisão funda-se, essencialmente, no disposto no art. 21.º/1/d) da Apólice Uniforme. De acordo com este preceito, ocorrendo um acidente de trabalho, o segurador só tem direito de regresso contra o tomador «quando se provar que nos trabalhos abrangidos pelo contrato foram utilizadas mais pessoas do que aquelas que estavam seguras».

2332 Este aspecto é sublinhado pelo tribunal, no Ac. STJ 20.09.2006.

2333 Cfr. em especial os arts. 8.º e 21.º/1/d) da Apólice Uniforme.

os verdadeiros seguros de grupo; e (ii) os contratos-quadros seguidos da celebração de contratos individuais de seguro.

8.2.3.1. Nos verdadeiros seguros de grupo

Começo pela análise da margem de manobra das partes na alteração e cessação dos verdadeiros seguros de grupo. Por ser a situação que coloca maiores dificuldades, a análise pressuporá que se trata de seguros de grupo que são, simultaneamente, contratos a favor de terceiro, em que são terceiros beneficiários, pelo menos, os participantes terceiros-segurados. Trata-se, por conseguinte, de seguros cujos termos os participantes podem fazer valer em relação directa com o segurador.

É princípio geral de direito dos contratos que as partes são livres de negociar os termos dos contratos que celebram, bem como, naturalmente, de os alterar ou fazer cessar, desde que de comum acordo.²³³⁴ Este princípio também se aplica, naturalmente, aos contratos dos seguro.²³³⁵ Contudo, neste como noutros domínios, o princípio sofre alguns ajustes. Em primeiro lugar, já vimos que a liberdade de contratar é coarctada sempre que se trate de segurar a vida de um terceiro: a celebração de um contrato com esse conteúdo carece do consentimento do terceiro cuja vida se pretende segurar.²³³⁶ Bem mais abrangente do que essa restrição, que só se aplica aos seguros de vida, é a que nos vem do regime do contrato a favor de terceiro: nada se estipulando em contrário, as partes perdem a faculdade de modificar ou fazer cessar os efeitos de terceiro após a sua adesão.²³³⁷ Não perdem a faculdade de modificar ou fazer cessar o contrato, visto que dele são as únicas partes. Simplesmente, tudo o que acordarem, desde esse momento, deixa de poder opor-se ao terceiro beneficiário. É assim, supletivamente, quanto às promessas que não devam cumprir-se apenas após a morte do estipulante. Esta ressalva seria importante, se tratássemos agora da análise da posição do beneficiário de um seguro de vida. Contudo, a posição que neste ponto releva é a dos participantes, ou seja dos terceiros-segurados num seguro de grupo. E estes, como senhores das coberturas, são destinatários de uma

2334 Arts. 405.º e 406.º/1 CC.

2335 Cfr., neste sentido, BIGOT, *Traité III*, pp. 573-576.

2336 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1695.

2337 Cfr. o art. 448.º/1 CC. Sobre este aspecto do regime legal do contrato a favor de terceiro, cfr. *supra* o texto a partir da n. 1380.

atribuição que tem início no momento em que aquelas começam a produzir os seus efeitos, perdurando por todo o tempo de vigência do contrato.²³³⁸

Um aspecto essencial do regime dos seguros de grupo é a determinação do se e do quando a atribuição do benefício aos terceiros-segurados adquire a característica da irrevogabilidade, bem como a determinação do alcance dessa irrevogabilidade. Numa grande parte dos contratos de seguro, o principal benefício que o subscritor confere a cada terceiro-segurado, por intermédio do segurador, é a assunção permanente de um risco, por parte deste último – risco esse que, a materializar-se, lhe caberia normalmente a si próprio, terceiro-segurado, suportar, pelo que teremos de concluir que se trata de um benefício contínuo.²³³⁹ Veremos em seguida que a circunstância de o benefício corresponder, nestes casos, à atribuição de cobertura, que levou à conclusão de que a relação de seguro seria uma relação duradoura, e que o contrato de seguro deveria qualificar-se como um contrato de execução continuada, pode gerar sérias dificuldades, no que respeita ao sentido e extensão da irrevogabilidade do benefício.²³⁴⁰

Sustenta alguma doutrina francófona que, de acordo com as regras de direito comum, a partir do momento da sua adesão, ou seja desde que os terceiros aceitem a sua qualidade de segurados, quaisquer alterações ao contrato deixariam de ser-lhes oponíveis, não fora a regra especial, existente em boa parte dos ordenamentos, de que as alterações a um contrato de seguro de grupo são oponíveis aos terceiros-segurados desde o momento em que estes delas forem informados.²³⁴¹ Entendo que esta posição se funda num equívoco.

Em Portugal, ao contrário do que acontecia até muito recentemente, temos agora algumas disposições legais indicativas de que, pelo menos nos verdadeiros seguros de

2338 Sobre os conceitos de prestação e de atribuição, cfr. *supra* o texto a seguir à n. 772. Sobre a distinção entre a prestação e a atribuição do segurador ao segurado, num contrato de seguro, cfr. *supra* 4.2.

2339 Em rigor, no seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem, não tendo o risco sido assumido por um segurador, será o subscritor – e não o segurado – a suportá-lo, mas ainda assim o contrato confere a este último um benefício, não deixando por isso de ser a favor de terceiro.

2340 Sobre esta qualificação, cfr. *supra* 5.3. e 5.4.3. Cfr. ainda o texto junto à n. 1493.

2341 Neste sentido, BIGOT, *Traité III*, pp. 574-575. Cfr. o art. L.141-4 CAfr. Em sentido contrário, cfr. o disposto no art. 801.º/§ 2.º CCbr de 2002. Em Portugal, cfr. o Ac. RL 10.12.1992. Neste aresto, o tribunal sustenta que, porque o seguro de grupo em análise era um contrato de adesão, e ainda tendo em atenção os deveres de informação e de lealdade que decorrem do princípio da boa fé, estariam as partes – segurador e subscritor – obrigadas a informar os segurados de quaisquer alterações ao contrato, do que conclui que tais alterações não seriam oponíveis aos segurados que não as tivessem aceite. Invoca o art. 762.º/2 CC. Semelhante linha de raciocínio não era de aceitar, mesmo na vigência do regime anterior.

grupo, o subscritor mantém a liberdade de alterar e fazer cessar o contrato, tendo apenas o dever de informar os terceiros-segurados acerca do sucedido.²³⁴² Esta liberdade sofre, contudo, alguns limites.²³⁴³ Estes são de particular utilidade para a justificação da conclusão de que, contrariamente ao que poderia parecer, este regime não constitui um desvio ao regime legal do contrato a favor de terceiro, mas antes uma concretização do que já poderia retirar-se, embora não com a mesma facilidade, desse mesmo regime – precisamente pelos ajustes que se sustenta que este teria necessariamente de sofrer, na sua aplicação a qualquer contrato de execução continuada.²³⁴⁴

Regressemos ao exemplo, já referido, do seguro de responsabilidade civil profissional celebrado pela ordem dos advogados em benefício de todos os seus membros. Cheguei a dizer que, num seguro como este, se a um advogado ocorresse dirigir uma carta à ordem ou ao segurador, manifestando a sua adesão ao seguro, semelhante declaração seria certamente recebida com perplexidade pelos respectivos destinatários.²³⁴⁵ Afirmei que, neste caso, as partes afastaram, ainda que implicitamente, a figura da adesão. Acrescento agora que não significa isto que as partes tenham entendido manter indefinidamente a revogabilidade do benefício, mas antes que o tornaram, desde logo, definitivo. Contudo, só poderá compreender-se o seu regime se se perceber o alcance da irrevogabilidade num contrato de execução continuada.

Observemos os limites impostos pela lei à liberdade das partes num contrato de seguro, começando pelo disposto no art. 108.º/1 LCS. Este aplica-se, literalmente, apenas à cessação mas, *a maiori ad minus*, o regime da cessação deverá estender-se à alteração de um contrato de seguro, seja ele individual ou de grupo. Estabelece o preceito que «[a] cessação do contrato não prejudica os direitos adquiridos por terceiros durante a vigência do contrato». Este trecho nada mais é do que a expressão de um princípio geral de

2342 No que respeita à cessação do contrato, são muito claros os arts. 84.º e 111.º/2 LCS.

2343 Cfr. o disposto no art. 108.º LCS.

2344 Cfr. o Ac. STJ 10.05.2007. Tratava-se, como vimos, de um seguro de vida de grupo, celebrado pela união de sindicatos de trabalhadores ferroviários, em benefício de todos os seus membros, entre a maioria e a idade da reforma, cobrindo as eventualidades de morte ou invalidez total e permanente. Vários anos após o início de vigência do contrato, ocorreu uma alteração, que não foi comunicada ao autor. O tribunal entendeu que este, como «mero beneficiário do contrato de seguro», não tinha uma palavra a dar a respeito da sua alteração, cingindo-se o seu direito à possibilidade de «exigir o resultado da regulamentação de interesses convencionada pelas partes».

2345 Cfr. *supra* o texto junto à n. 2309.

aplicação a todos os contratos de execução continuada a favor de terceiro.²³⁴⁶ E nele se encerra o cerne da questão: o que se encontra vedado às partes, por natureza, é a sua cessação ou alteração *com efeito retroactivo*. Num contrato de seguro, significa isto, antes de mais, que, em relação a sinistros ocorridos na vigência da cobertura, como anteriormente acordada, a alteração ou cessação não produz quaisquer efeitos, ainda que as correspondentes reclamações não tenham ainda tido lugar.²³⁴⁷ De resto, veremos que só em certos casos os terceiros-segurados terão um direito à manutenção da cobertura até ao fim do período em curso – esse, sim, em derrogação do regime supletivo comum. As vicissitudes do contrato serão naturalmente oponíveis aos terceiros-segurados.

Atente-se no disposto no art. 11:101 (2) PEICL. De acordo com este preceito, o tomador que celebre um seguro por conta de outrem mantém a faculdade de o fazer cessar a todo o tempo, salvo se (i) no contrato se dispuser diversamente; ou (ii) já tiver ocorrido o sinistro. Na sua essência, este regime é semelhante ao nosso, no que respeita aos seguros de grupo, embora a lei portuguesa seja bastante mais pormenorizada, distinguindo os vários modos de fazer cessar um contrato de seguro. Já no que respeita aos seguros individuais, dispõe a nossa lei, injuntivamente, que a revogação do seguro carece do consentimento do segurado.²³⁴⁸

Passemos para uma análise do regime de denúncia e oposição à renovação de um contrato de seguro. Dispõe a lei, desta feita supletivamente, de acordo com o chamado princípio da não vinculação perpétua, que qualquer das partes se pode opor livremente à renovação de um contrato de seguro celebrado por período determinado e com prorrogação automática, e que o contrato celebrado por período indeterminado pode ser denunciado a todo o tempo por qualquer das partes, esclarecendo, por último, que as partes são livres de ampliar, contratualmente, a liberdade de denúncia do tomador,

2346 O mesmo princípio esteve na base do disposto no art. 25.º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, actual art. 199.º/3 LCS.

2347 É este o sentido do disposto no art. 108.º/2 LCS, que aliás se encontra em plena consonância com a regra geral constante do art. 106.º/2 LCS. A redacção daquele preceito explica-se porque, em determinados casos, as condições do seguro exigem que a reclamação ocorra também na vigência da cobertura. É a cláusula *claims made*. Cfr. o art. 139.º/2 e 3 LCS. Cfr. *supra* n. 258.

2348 Cfr. o art. 111.º/2 LCS. Trata-se de disposição injuntiva, de acordo com o disposto no art. 13.º/1 LCS.

podendo, designadamente, estipular, num contrato celebrado por período determinado, que o tomador é livre de denunciá-lo a todo o tempo.²³⁴⁹

Se se tratar de um contrato celebrado por período indeterminado ou, não o sendo, se as partes tiverem feito uso desta liberdade, estipulando a possibilidade de denúncia a todo o tempo, deve concluir-se, sem margem para dúvidas, que os terceiros-segurados não são titulares de um direito à manutenção da cobertura. Não terão, por conseguinte, quaisquer direitos adquiridos, para além de eventuais direitos a uma indemnização, em caso de sinistro anterior. Se se tratar de um contrato celebrado por período determinado e as partes não tiverem feito uso da sua liberdade de derrogação do regime legal supletivo, a sua margem de manobra restringe-se, aparentemente, à possibilidade de oposição à sua renovação. O regime da denúncia e da oposição à renovação é de aplicação geral, pelo que se estende, quer aos seguros individuais, quer aos de grupo. Ainda assim, o que se lhes limitou foi a sua possibilidade de cessação *unilateral* do contrato. Trata-se, por conseguinte, de uma limitação da sua margem de manobra *perante a respectiva contraparte*. Uma vez que, neste caso, os subscritores de seguros de grupo continuam a poder revogar o contrato por acordo com os seguradores, forçoso será concluir que, mesmo nestes casos, os terceiros-segurados não são titulares de um direito à manutenção da cobertura – sem prejuízo da possibilidade de estipulação em contrário. O que significa que, nos seguros de grupo, só existe um direito dos participantes à manutenção da cobertura *se as partes o tiverem estipulado*. O que é plenamente consentâneo com a regra supletiva de que, num contrato a favor de terceiro, o estipulante *não responde* perante o terceiro pelo seu próprio incumprimento do contrato a favor de terceiro, sem prejuízo, é claro, do que resulte da sua própria relação com o terceiro, estranha ao contrato.²³⁵⁰ Pensando novamente no seguro de responsabilidade civil profissional de todos os advogados, celebrado pela respectiva ordem, a menos que o contrário resulte do seu texto, o alcance da irrevogabilidade dos efeitos de terceiros cinge-se aos direitos relacionados com sinistros ocorridos antes da eventual alteração ou cessação, que a ordem pode livremente acordar com o segurador a todo o tempo.

2349 Cfr. o disposto no art. 112.º LCS.

2350 Cfr. *supra* o texto a partir da n. 1486.

O raciocínio é o inverso quanto aos terceiros-segurados de seguros individuais identificados na apólice: no silêncio das partes, aplica-se a esses contratos o regime supletivo, pelo que, se forem celebrados por um período determinado, reconhece-se àqueles um direito à manutenção da cobertura até ao final desse período.²³⁵¹ Este, sim, apresenta-se como um desvio às regras de direito comum, fundado numa necessidade de tutela reforçada que a lei reconheceu a este terceiro-segurado.

Em suma, num seguro de grupo, podem as partes alterar ou fazer cessar os seus efeitos, sendo no entanto intocáveis os direitos dos terceiros-segurados a uma indemnização, ou os direitos de exoneração, tratando-se de seguros de responsabilidade civil, concretamente existentes à data da alteração ou cessação, mas não podendo afirmar-se, a menos que o contrário resulte do contrato, que os terceiros-segurados gozem, irrevogavelmente, de um direito à manutenção da cobertura do seguro. Estes não poderão fazer-se valer do regime supletivo da irrevogabilidade dos efeitos de terceiro, num contrato a favor de terceiro, uma vez que este não configura uma garantia do gozo futuro de uma atribuição duradoura, a menos que as partes o tenham estipulado.²³⁵² Da interpretação dos contratos de seguro de grupo resulta, por vezes, que aos participantes se conferiu um direito de manutenção da cobertura em relação ao período já pago. Menos frequente será a circunstância de, no próprio contrato de seguro de grupo, o subscritor se ter comprometido perante os participantes a continuar a pagar ao segurador os prémios futuros, indefinidamente ou até determinado momento. Estas conclusões não se afastam do que de comum podemos encontrar nos sistemas mais próximos, que aproximam, na sua generalidade, as posições negociais dos tomadores dos verdadeiros seguros de grupo das posições negociais dos tomadores dos seguros individuais.²³⁵³

2351 Nesse caso, também perante o terceiro-segurado, o tomador tem apenas a possibilidade de se opor à renovação do contrato, conforme o disposto no art. 48.º/4 LCS. Não deverão esquecer-se, em acréscimo, as restrições adicionais, para certas circunstâncias, do art. 114.º LCS.

2352 Sobre a protecção de que gozam ou podem gozar os terceiros-segurados veja-se, todavia, *infra* o texto entre as nn. 2368-2375.

2353 Sobre a cessação do seguro de grupo no direito alemão, cfr. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 59-65. Nesta matéria, a lei alemã não é tão clara como a nossa. No entanto, a doutrina costuma aplicar aos tomadores dos verdadeiros seguros de grupo as disposições relativas aos tomadores, não obstante estas terem sido redigidas a pensar nos tomadores dos seguros individuais. Por exemplo, em todos os seguros de vida em que continuassem a ser devidos prémios, a lei alemã estabelecia um direito de resolução dos respectivos tomadores, com efeitos à data aniversária (cfr. o § 165 VVG). Explicava certa doutrina, na vigência do regime anterior, que este direito valia também para a resolução, pelo tomador, dos seguros de vida de grupo na sua totalidade. Neste sentido, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 63-64. Cfr. ainda pp. 59-61. Uma das razões oferecidas pelo autor era a circunstância de também nestes seguros ser o tomador a vincular-se ao pagamento do prémio. Seguia

Cessando um verdadeiro contrato de seguro de grupo, por acto unilateral de qualquer das partes ou pelo acordo de ambas, acaba-se tudo, ao contrário do que se passa no caso de um mero contrato-quadro.²³⁵⁴ Tratando-se de um único contrato, em que são partes o subscritor e o segurador, a cobertura dos riscos de cada um dos participantes não pode subsistir independentemente. No que ao verdadeiro seguro de grupo diz respeito, terá de ler-se com alguma cautela o disposto na lei acerca da manutenção da cobertura.²³⁵⁵ É certo que a lei se limita a reconhecer às partes inteira soberania, no que respeita à estipulação, ou não, de um direito dos terceiros-segurados à manutenção da cobertura,

MÖLLER, *Gefolgschaftsversicherung*, pp. 733-734; e EHRENZWEIG, *Gruppenversicherungsvertrag*, pp. 198-199. Mas estes autores entendiam que o preceito se aplicava, quer à cessação da totalidade do contrato, quer à sua cessação parcial, na parte respeitante a cada um dos participantes, permitindo ao subscritor optar entre a cessação total e parcial. MILLAUER discordava, com o argumento literal de que o preceito não menciona a cessação parcial. MILLAUER observava ainda que era frequente estipularem-se nos clausulados dos seguros de grupo direitos de oposição à renovação de ambas as partes, mas em relação a todo o contrato, e não com respeito a este ou àquele terceiro-segurado. Acrescentava que também podiam estipular-se direitos de resolução fora dos normais prazos de renovação, designadamente na sequência de um sinistro, ou em caso de incumprimento de algum dever contratual da outra parte. Em seu entender, os direitos de resolução pelo tomador ou pelo segurador previstos na lei para determinadas circunstâncias especiais também se aplicariam aos seguros de grupo. Sobre o direito de resolução do contrato na sequência de um sinistro, veja-se, entre nós, a restrição constante do art. 117.º/3 LCS. Trata-se de uma restrição «absolutamente imperativa» (art. 12.º/1 LCS). No direito alemão, cfr. ainda WINTER, *Gruppenspitze*, p. 29. O autor também defendia o direito de resolução parcial ou total do contrato por parte do subscritor de um seguro de vida de grupo, por aplicação do § 165 VVG. Sustentava que seria ao subscritor de um seguro de grupo que cabia o direito de efectuar quaisquer alterações ao contrato. Para o direito francês, cfr. BIGOT, *Traité III*, pp. 573-581. Na Bélgica, CARTON DE TOURNAI/DELEERS, *Assurances de Groupes*, p. 111, afirmavam peremptoriamente que, sendo o seguro de grupo, em geral, celebrado por tempo indeterminado, ficava subentendido que o subscritor teria inteira liberdade de o fazer cessar a todo o instante. Nos EUA, cfr. JERRY/RICHMOND, *Understanding*, pp. 947-949. Do texto dos autores parece decorrer que esta é uma questão que fica dependente, em grande medida, do que as partes tiverem estipulado no contrato. Todavia, nada se dizendo no contrato, as partes podem alterar ou fazer cessar os efeitos do contrato, sem que os participantes possam impedi-las de o fazer. Os autores acrescentam que, na grande maioria dos contratos, as partes estipulam expressamente a possibilidade de alterar e de fazer cessar os efeitos do contrato. Existem algumas decisões judiciais no sentido de que, no silêncio do contrato, as partes carecem do consentimento dos participantes para alterarem ou extinguirem um seguro de grupo. Todavia, trata-se de casos que envolvem seguros contributivos – que normalmente não corresponderão a verdadeiros seguros de grupo mas antes a contratos-quadros seguidos de contratos individuais de seguros celebrados pelos próprios participantes – isto, de acordo com o que seria a análise continental dos mesmos, dado que esta distinção não é traçada nos sistemas jurídicos de matriz anglo-americana. A grande distinção, no que respeita aos seguros colectivos, faz-se entre seguros contributivos e não contributivos. Os autores terminam explicando que, a uma grande parte dos seguros colectivos, aplicar-se-á o *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) de 1974. Embora contenha diversas disposições protectoras dos trabalhadores, é importante notar que este diploma não proíbe um subscritor de alterar ou extinguir benefícios de seguro anteriormente conferidos aos seus trabalhadores. Sobre este diploma legal, cfr. ainda MCGANN, *LHIL*, pp. 193-194. Para uma aproximação aos «simples contratos a favor de terceiro» do paradigma dos seguros colectivos nos EUA, cfr. CRAWFORD/HARLAN, *Group Insurance*, pp. 29-30. Esta qualificação genérica não é posta em causa, apesar de os autores darem conta dos diversos modos de formação de um seguro colectivo (cfr. pp. 28-29). Cfr. ainda A. S. H., JR., *Group Insurance*, p. 488, no sentido de que, no direito norte-americano, tem sólidas raízes o direito de um subscritor extinguir um seguro de grupo «gratuito» (*i.e.* não contributivo). O autor esclarece ainda que, no direito norte-americano, o certificado individual

em caso de exclusão ou de cessação do contrato de seguro de grupo. Mas importa esclarecer que, tratando-se de um verdadeiro seguro de grupo, caso esse direito exista, só pode ter o sentido de conferir aos terceiros-segurados o direito de celebrarem um novo contrato de seguro, desta feita individual, e/ou um direito ao eventual «transporte» da cobertura para novo seguro colectivo. Isto porque, como acima se disse, com a cessação, tudo cessa: não subsistem quaisquer relações de seguro.

Este regime funciona em todos os seguros em que não haja acumulação de valor – quanto a estes, pense-se nos seguros de vida inteira, exemplo paradigmático dos contratos em que, com o tempo, vai aumentando o pecúlio que o segurador se obriga a desembolsar. Não havendo acumulação de valor, podemos traçar uma distinção clara entre a cobertura, que é contínua, mas que, como vimos, salvo estipulação em contrário não corresponde a um direito do segurado ou a uma obrigação do segurador, e a prestação deste último, cujo dever se constitui instantaneamente, com a ocorrência do sinistro, em simultâneo, naturalmente, com a constituição de um direito à prestação na esfera do terceiro-segurado. Nestes casos, perde importância, como vimos, a questão da irrevogabilidade dos efeitos do terceiro. Já nos casos dos seguros com acumulação de valor assume uma maior importância a questão da determinação do momento a partir do qual pode dizer-se que são irrevogáveis os efeitos dos terceiros-segurados.

de seguro de que é titular cada um dos participantes não é visto como um contrato de seguro, mas antes como parte integrante do contrato de seguro de grupo celebrado entre o subscritor e o segurador (pp. 492-493).

2354 Sublinha-o MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 61-62.

2355 Cfr. art. 85.º LCS. Este preceito diz respeito à manutenção da cobertura (*conversion privilege*). A cláusula teve a sua origem num seguro de vida de grupo celebrado em 1917 nos EUA. Cfr. FORSTER, *Group Insurance*, p. 6. Trata-se de uma cláusula contratual em cujos termos, no caso de cessação do contrato de seguro colectivo ou de exclusão de um dado participante, designadamente pela cessação do vínculo que o unia ao subscritor, o participante dispõe de um determinado prazo em que pode «transportar» os direitos adquiridos ao abrigo do contrato para um outro seguro colectivo ou para um seguro individual, sem alteração das respectivas condições e sem necessidade de fazer prova adicional da verificação de quaisquer critérios de segurabilidade, mormente, sem a necessidade de preencher novo questionário ou de se sujeitar a novo exame médico. Sobre esta cláusula, cfr. ainda CRAWFORD/HARLAN, *Group Insurance*, pp. 90-95; CRAWFORD, *LHIL*, pp. 378-380; e MCGANN, *LHIL*, p. 189. Actualmente, no que respeita à desnecessidade de fazer prova adicional da segurabilidade, os ordenamentos estaduais exigem, na sua generalidade, a sua estipulação nos contratos de seguro de vida. A estipulação da portabilidade do valor acumulado só se exige nos seguros de vida inteira, onde aquele existe necessariamente, e não nos seguros de vida temporários – que, por razões fiscais, correspondem à grande maioria dos seguros de vida colectivos celebrados nos EUA.

Atente-se num exemplo que nos é dado pela jurisprudência.²³⁵⁶ Neste caso, um subscritor – entidade empregadora – celebrara um contrato de seguro de vida «investimento e poupança». São parcos os factos relatados no acórdão, mas diz-se a certo ponto que, de acordo com o estipulado, o subscritor, no contrato denominado «segurado» e não somente «tomador», que suportava na íntegra os prémios pagos, era titular do direito de resgate, que podia exercer, no todo ou em parte, em qualquer momento. Este era um fortíssimo indício interpretativo de que, no caso em apreço, no mínimo, os benefícios alegadamente conferidos aos participantes permaneceriam revogáveis até ao momento em que estes adquirissem, em definitivo, o direito ao capital seguro. No máximo, poderia chegar-se à conclusão de que este não era, de todo, um contrato a favor de terceiro, mas antes o que atrás se chamou um seguro de retrocobertura.²³⁵⁷ Esta possibilidade não foi considerada pelo tribunal, que deu de barato tratar-se de um contrato a favor de terceiro, limitando-se a aferir da revogabilidade ou irrevogabilidade da promessa. O subscritor alegou que o seguro se destinava unicamente a financiar a reforma dos trabalhadores que ainda continuassem a sê-lo no momento em que adquirissem o direito à reforma – alegação que se encontra em consonância com a sua titularidade do direito de resgate, a exercer em qualquer momento. O tribunal passou ao largo desta questão, concluindo antes que a «adesão» dos participantes ao seguro teria dado azo à irrevogabilidade do benefício conferido aos participantes.

Contudo, o caso em apreço configura um bom exemplo de uma modalidade de contratos de seguro a que deve dar-se um tratamento distinto dos demais. Ao cobrir um risco, o segurador beneficia de modo contínuo o segurado, desde o momento em que tem início a cobertura até ao momento em que esta cessa. Se celebro um contrato de seguro de acidentes pessoais, vigorando, por hipótese, por toda a duração de uma viagem, sei que, em cada momento dessa viagem, me encontro coberta – em cada momento que passa, tenho esse benefício conferido pelo contrato. Não posso dizer o mesmo de um contrato como o do exemplo acima dado, que se destina a financiar determinados complementos à minha reforma. Não há nesse caso, necessariamente, uma cobertura que me beneficie em cada momento da minha vida até ao dia da minha reforma. Seria assim, por exemplo, no caso de um seguro que cobrisse o risco de reforma antecipada por invalidez total e

²³⁵⁶ Cfr. o Ac. STJ 21.06.1997. O caso já foi relatado *supra* n. 1372.

²³⁵⁷ Cfr. *supra* o texto junto à n. 2192.

permanente. No entanto, visto que o sinistro só pode dar-se por concluído na altura em que me reformar, torna-se fundamental determinar o momento a partir do qual o benefício que me vai sendo conferido se torna definitivo, deixando de poder ser revogado pelo subscritor.

No caso em apreço, tudo indica que, até ao momento da reforma, o benefício estava sujeito ao livre arbítrio do subscritor, pois, como vimos, este mantinha o direito de resgate, que podia exercer em qualquer momento. Assim, não poderia dizer-se que os terceiros-segurados fossem titulares de direitos ou sequer de expectativas jurídicas: até atingirem a idade da reforma ao serviço do subscritor, a sua posição não beneficiava de qualquer tutela jurídica. Os participantes de nada eram titulares até à aquisição definitiva de um direito ao capital seguro. Noutros casos, a transição não será tão radical: podem os participantes adquirir desde logo um direito, embora condicional.

As questões são distintas. A irrevogabilidade dos efeitos dos terceiros depende apenas da inexistência de uma faculdade de revogação desses efeitos pelo subscritor – ou por acordo das partes. A incondicionalidade do benefício, pelo contrário, tem que ver com a certeza de recebimento da prestação. Num contrato de seguro, pode o direito do segurado ser condicional, por o sinistro ser *incertus an*. Não é esse o caso num seguro de vida inteira. Contudo, mais importante do que essa fonte de incerteza, podem as partes estipular determinadas condições de que dependa a sua consolidação.²³⁵⁸ Podem, por exemplo, estipular que a aquisição do direito ao benefício pelos participantes fique dependente da sua permanência ao serviço do subscritor por um determinado número de anos. Este facto, por si só, também não nos diz quando é que se tornam irrevogáveis as pretensões dos terceiros. Porque pode o subscritor ter reservado o direito de as revogar até ao momento da consolidação, momento em que, como no exemplo dado, se dá uma

2358 Na Alemanha, a questão é pacífica, até pela circunstância de a doutrina maioritária não aceitar, como vimos, que os seguros de vida possam celebrar-se por conta de outrem. Partindo do princípio de que o subscritor, celebrando o seguro por conta própria, pode reservar para si o direito à prestação, desde que suporte na íntegra os prémios de seguro, reconhece-se-lhe naturalmente toda a liberdade para conceder a terceiros – os participantes ou seus beneficiários – direitos imediatos à prestação, com ou sem limites, por exemplo, o do tempo de permanência ao serviço dos participantes, podendo ainda distinguir, nos seguros de vida de grupo, consoante se trate de uma prestação em caso de vida ou em caso de morte. Cfr. MÖLLER, *Geolgschaftsversicherung*, p. 732. Como disse *supra* no texto a seguir à n. 2193, não posso aceitar a premissa de que parte a doutrina alemã maioritária. No entanto, a margem de manobra do subscritor não carece, nesta matéria, de outra base além do princípio da liberdade contratual.

transição radical que os faz passar do nada ao tudo. Ou pode o contrato encontrar-se redigido em termos tais que confira aos participantes, pelo menos a partir de certa altura, um direito condicional ao benefício, dependente apenas da sua permanência ao serviço, mas não do livre arbítrio do subscritor. Se os seus direitos forem irrevogáveis, não deixando de qualificar-se como verdadeiros direitos subjectivos, enquanto permanecerem condicionais são no fundo meras expectativas jurídicas, enquanto tal merecedoras de tutela.²³⁵⁹ Uma vez cumpridos esses anos ao serviço do subscritor, consolidam-se os direitos dos participantes ao capital seguro: eles adquirem o direito à manutenção da cobertura, ainda que deixem de estar ao serviço do subscritor antes de se vencer o seu direito ao pagamento do capital seguro.²³⁶⁰

Há quem esclareça que é este género de situações que está muitas vezes na origem do recurso ao chamado mecanismo da «barreira de entrada» (*Zugangssperre*). Tratando-se, por hipótese, de um seguro de vida misto ou de capitalização, cujos segurados tenham já irrevogavelmente adquirido um direito ao benefício, ainda que condicional, e independentemente de este ser total ou parcialmente suportado por estes ou antes totalmente financiado pelo subscritor, muitas vezes o subscritor vê-se efectivamente impedido de dar por terminados os efeitos do contrato, limitando-se a sua margem de manobra à possibilidade de impedir a aquisição de novos direitos pelos actuais ou futuros participantes. Nesses casos, os direitos de alteração ou cessação do subscritor não se estipulam, normalmente, em termos tão amplos como nos demais contratos, encontrando-se este obrigado perante os actuais participantes a manter as responsabilidades até então assumidas pelo segurador.²³⁶¹

Neste ponto, será conveniente esclarecer o alcance distinto que pode ter o direito à manutenção da cobertura, consoante se trate de um seguro com ou sem acumulação de valor.²³⁶² Em todo o seguro de grupo pode estipular-se um direito dos terceiros-segurados à manutenção da cobertura. Muitas vezes, tratar-se-á apenas do direito de celebrar novo contrato de seguro, com idêntica cobertura, sem necessidade de prova adicional de quaisquer critérios de segurabilidade.²³⁶³ Num seguro com acumulação de valor, pode no

2359 Sobre todas estas questões, cfr. *supra* o texto a seguir às nn. 1380 e 1603.

2360 Cfr. o art. 85.º LCS.

2361 Neste sentido, MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 61-62.

2362 Cfr. *supra* o texto a seguir à n. 2355.

2363 Cfr. *supra* n. 2355.

entanto estipular-se, adicionalmente, a chamada «portabilidade» dos benefícios.²³⁶⁴ Trata-se, essencialmente, de saber se, num seguro de grupo ou, mais amplamente, num seguro colectivo, em caso de cessação do vínculo que une o subscritor ao terceiro-segurado, este mantém ou não a sua posição, no que respeita ao valor acumulado à data da cessação, ainda que para isso tenha de celebrar novo contrato com o segurador.

Por vezes, os terceiros-segurados não têm sequer, nem virão a ter, nos termos do contrato, o direito de exigir em vida a prestação do segurador. Não obstante, o subscritor provê regularmente ao crescimento do capital a que terão um dia direito os beneficiários designados pelos terceiros-segurados. A questão que então se coloca é a seguinte: não obstante os terceiros-segurados não poderem exigir em vida o pagamento do capital seguro: (i) serão eles titulares de um poder dispositivo desse capital seguro? (ii) serão eles titulares de uma expectativa jurídica, na certeza de que, uma vez verificadas certas circunstâncias, não dependentes do arbítrio do subscritor, os beneficiários por si designados receberão um dia o capital seguro? ou (iii) terão a mera esperança, juridicamente irrelevante, de poderem vir um dia a beneficiar os seus entes queridos?

Na eventualidade de cessação do contrato, ou de cessação do vínculo que permite a um terceiro-segurado manter-se sob a égide do contrato de seguro, se se encontra contratualmente estipulada a possibilidade de este celebrar um seguro individual, ou eventualmente de aderir a um novo seguro colectivo, desta feita independentemente do anterior subscritor, transportando para esse contrato o valor acumulado na vigência do primeiro, conclui-se que o terceiro-segurado já é titular de um poder de disposição. Assim é porque o terceiro-segurado adquiriu em definitivo a faculdade de beneficiar os terceiros por si designados no âmbito do primeiro contrato. Diferentemente, se a cessação do vínculo que une o terceiro-segurado ao subscritor acarreta a perda da posição por si ocupada no contrato de seguro, mas a sua manutenção é-lhe assegurada desde que este se mantenha no seu posto até à idade da reforma, terá de concluir-se que a sua situação como terceiro-segurado é precária, correspondendo no entanto a uma expectativa juridicamente tutelada. Por último, se a cessação do vínculo que une o terceiro-segurado ao subscritor acarretar a perda da posição até aí ocupada pelo primeiro, e em acréscimo, o

2364 Assim referida na lei, designadamente, no art. 9.º do DL n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, que regula a constituição e o funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões. Cfr. ainda o art. 85.º LCS.

subscritor mantiver a discricionarieidade de fazer cessar a todo o momento o seguro – ainda que, por virtude de disposições de natureza laboral, possa vir a ser forçado a assegurar-lhe por outra via idêntico benefício – nesse caso, para efeitos do contrato de seguro, a posição do terceiro-segurado não é sequer a de titular de uma expectativa. Não pode no entanto afirmar-se que a sua posição se resume a uma esperança juridicamente irrelevante, porque já goza de um patamar mínimo de protecção, por ser segurado num seguro de grupo.

Com efeito, assim como podem alterar e fazer cessar todo o contrato, podem as partes fazer cessar as coberturas relativamente a um ou mais participantes. Todavia, a nossa lei é mais restritiva, no que respeita a esta possibilidade, limitando as causas de exclusão individualizada dos participantes à cessação do vínculo que o une ao subscritor, ao não pagamento do montante do prémio ao subscritor, no caso dos seguros contributivos, ou à prática pelo participante ou respectivo beneficiário, com o conhecimento daquele, de actos fraudulentos em prejuízo do segurador ou do próprio subscritor.²³⁶⁵ Subjacente a este regime, que é uma especialidade dos seguros colectivos, parece estar o princípio da proibição de práticas discriminatórias, que impenderia nestes casos sobre o subscritor e não apenas sobre o segurador: ainda que possa fazer cessar o contrato a todo o tempo, ao subscritor não se reconhece liberdade para restringir discricionariamente a sua acção a alguns dos participantes, individualmente considerados, discriminando alguns em relação aos demais.²³⁶⁶

Coisa diversa é a possibilidade de alteração ou cessação parcial do contrato.²³⁶⁷ *A maiori ad minus*, admite-se em todos os seguros que as partes, em lugar de fazerem cessar todos os efeitos do contrato de seguro, introduzam a certa altura no contrato um mecanismo de barreira de entrada, estipulando um direito do subscritor a determinar que, a partir de certo momento, o grupo seguro se encontra fechado, não havendo a possibilidade de novas entradas, por parte de futuros membros do que até então fora o grupo segurável, ou podem as partes negociar, a certa altura, essa alteração ao contrato. Pense-se, por exemplo, no empregador que, sem afectar os direitos dos seus actuais colaboradores,

2365 Cfr. o art. 83.º LCS. Na lei não se diz, expressamente, que são só essas as causas de exclusão dos participantes, mas *a contrario* julgo ser essa a conclusão a retirar do preceito, com a justificação que exponho no texto.

2366 Cfr. o art. 15.º/1 LCS.

2367 Cfr. MILLAUER, *Gruppenversicherung*, pp. 62-65.

pretende no entanto reduzir os benefícios a conferir aos seus futuros colaboradores. Tão-pouco tem aplicação a restrição relativa à exclusão dos participantes quando estiver em causa a cessação do contrato em relação a uma categoria de participantes, objectivamente delineada. Não se trata, nesse caso, de uma exclusão, mas simplesmente da cessação parcial do contrato de seguro de grupo, permitida com a mesma amplitude da cessação total do contrato.

Convém agora abrir um parêntese para evitar a confusão entre a posição do trabalhador perante o empregador, decorrente do seu contrato de trabalho e do direito laboral, e a posição do trabalhador perante o segurador, resultante do contrato de seguro do direito dos seguros. Extravasa o âmbito deste estudo a consideração das circunstâncias em que o pagamento dos prémios de seguro passe a considerar-se parte da retribuição do trabalhador, devendo o seu valor, ou o valor do capital acumulado, ser contabilizado para determinados efeitos, designadamente, para o cálculo de uma indemnização por despedimento. Tão-pouco nos interessa saber em que circunstâncias o pagamento dos prémios de seguro deve considerar-se rendimento do trabalhador para o direito fiscal e parafiscal. Este estudo dedica-se somente às relações de seguro, preocupando-se com a determinação das circunstâncias em que o terceiro-segurado passa a ser titular de direitos ou expectativas em tais relações de seguro. A conclusão pela inexistência de tais situações jurídicas não prejudica a conclusão, por exemplo, de que, numa perspectiva de direito laboral, o empregador se obrigara a assegurar ao trabalhador determinados benefícios, pelos quais responde, ainda que sem o apoio do segurador.

Na eventualidade de os terceiros-segurados não serem devidamente informados pelas partes da ocorrência da alteração ou cessação do contrato, note-se que a consequência que a lei impõe não é a sua inoponibilidade aos terceiros-segurados. Dúvidas que pudesse haver a esse respeito são afastadas pela inaplicabilidade aos seguros colectivos da regra geral de que pertence ao segurador o dever de informar os terceiros-segurados.²³⁶⁸ Nos seguros colectivos, a lei atribui o papel de maior relevo ao subscritor, a quem cabe informar os terceiros-segurados, segundo documento para o efeito elaborado pelo

2368 Cfr. o disposto no art. 108.º/4 LCS.

segurador.²³⁶⁹ A consequência do incumprimento deste dever é a responsabilidade civil do incumpridor perante os terceiros-segurados, nos termos gerais.²³⁷⁰

Significa isto que, em caso de falta de informação, ou de informação tardia, o segurador *pode opor* aos terceiros-segurados a alteração ou cessação do contrato, tendo estes um direito ao ressarcimento de eventuais prejuízos contra o subscritor incumpridor. Obviamente, este último não tem de colocar os terceiros-segurados na posição que estes ocupariam no caso de a alteração ou cessação não ter tido lugar, mas sim na posição que estes ocupariam se tivessem sabido, oportunamente, da alteração ou cessação do contrato. O que significa que com este regime se tutela unicamente a confiança que os terceiros-segurados eventualmente tenham depositado na subsistência da cobertura – designadamente, tendo-se absterido de contratar outro seguro que os cobrisse devidamente contra os mesmos riscos, ou não tendo feito uso atempado do seu direito à manutenção da cobertura.²³⁷¹ A situação será distinta nos casos em que o segurador tenha assumido contratualmente o dever de informar os participantes.²³⁷² Nesses casos, responderá nos termos gerais pelos danos que tiver causado, em caso de incumprimento do seu dever, mas deve entender-se que já não pode opor aos participantes a eventual caducidade do seu direito à manutenção da cobertura.

Cumpra-se ainda duas ressalvas. Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, a actuação das partes deve respeitar os limites do instituto do abuso de direito.²³⁷³ Em segundo lugar, não deve olvidar-se a protecção adicional de que gozam certas categorias de terceiros-segurados, mormente se forem trabalhadores, quanto à actuação do respectivo empregador, em sede de direito laboral – que aqui não cabe analisar. A

2369 Cfr. o disposto nos arts. 78.º/1 e 3 e 87.º/2 LCS. No contrato de seguro pode estipular-se que esse dever seja assumido pelo segurador (art. 78.º/5 LCS). Note-se que estas disposições são «relativamente imperativas» (art. 13.º/1 LCS).

2370 Neste sentido, o disposto nos arts. 79.º e 84.º/4 LCS. A primeira é também uma disposição «relativamente imperativa» (art. 13.º/1 LCS).

2371 Cfr. o art. 85.º LCS. Este direito só existirá nos casos em que as partes o tenham estipulado, e com os limites por elas estipulados. Normalmente, este direito vigora por um período relativamente curto, pelo que é determinante a questão da oponibilidade da sua caducidade pelo segurador.

2372 Cfr. o art. 78.º/5 LCS.

2373 Cfr. o art. 334.º CC. É natural que surjam com alguma frequência situações de cessação ou alteração abusivas do contrato. Desde logo, por constituírem *venire contra factum proprium*. Mas pense-se ainda no exemplo de um seguro de acidentes pessoais em viagem que integre o pacote de seguros associados a um cartão de crédito, que as partes fazem cessar numa altura em que os terceiros-segurados se encontrem, tipicamente, de férias, possivelmente em viagem, não tendo acesso à comunicação que lhes seja eventualmente enviada para o seu domicílio habitual.

afirmação de que, no que diz respeito à cobertura, e salvo disposição em contrário, podem as partes no contrato de seguro alterá-la ou fazê-la cessar a todo o tempo poderá sobressaltar quem pensar no exemplo dos seguros celebrados pelo empregador a favor dos respectivos trabalhadores, que no entanto estarão devidamente protegidos em sede de direito laboral.²³⁷⁴ Crê-se que a afirmação não chocará se pensarmos antes em exemplos como o do seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados celebrado pela respectiva ordem, ou mesmo nos pacotes de seguros tipicamente associados a cartões de crédito. Nestes, não obstante a protecção adicional de que os terceiros-segurados possam gozar em virtude da sua qualidade de consumidores, melhor se compreende que, salvo se o contrário se houver estipulado na relação com o banco, aqueles nada possam exigir quanto ao futuro das suas coberturas, para além de informação.²³⁷⁵

Quanto aos verdadeiros seguros de grupo, falta notar que os terceiros-segurados carecem, naturalmente, de qualquer poder negocial, não podendo introduzir alterações no contrato – o único contrato existente – e muito menos fazer cessar os seus efeitos.²³⁷⁶ É esse o sentido da ressalva da lei quanto aos casos de «adesão obrigatória em virtude de relação estabelecida com o tomador do seguro».²³⁷⁷ Efectivamente, a possibilidade de denúncia só se aplica, como veremos, aos seguros colectivos que não correspondam a verdadeiros seguros de grupo, porquanto, nesses, cada um dos segurados é tomador do seu próprio contrato de seguro. Para essa interpretação contribui ainda a referência à cessação do «vínculo resultante da adesão», vínculo esse que só existe nos casos em que os participantes são tomadores do seu próprio seguro de grupo.²³⁷⁸

2374 Essa protecção diz respeito à relação entre o empregador e os respectivos trabalhadores, pelo que não afecta directamente a relação entre o segurador e os trabalhadores, terceiros-segurados, a quem serão oponíveis a alteração ou cessação do seguro.

2375 A liberdade de alteração ou cessação das coberturas constará ainda, tipicamente, do contrato celebrado entre o banco e os titulares do cartão de crédito.

2376 Como diz BIGOT, *Traité III*, p. 574, seria impensável que cada um dos terceiros-segurados pudesse modificar individualmente o contrato, no que lhe diz respeito.

2377 Art. 82.º/1 LCS. A redacção não inteiramente feliz deste preceito, sobretudo no que concerne a referência à «adesão obrigatória» dos participantes, é de óbvia inspiração francesa. Cfr. o segundo e terceiro parágrafos do art. L.141-4 CAfr. Este preceito, depois de consagrar a regra de que o «aderente» pode «denunciar a sua adesão» na sequência de alterações ao contrato, especifica que essa faculdade não assiste «ao aderente quando a relação que o une ao subscritor torna obrigatória a adesão ao contrato». Sobre os «seguros de adesão obrigatória» no direito francês, cfr. *supra* n. 2294 (e o texto junto a esta nota).

2378 Cfr. o art. 82.º/1 LCS.

É certo que a posição jurídica dos participantes num verdadeiro seguro do grupo é bastante mais precária do que a do tomador-segurado de um seguro individual.²³⁷⁹ Esta precariedade é compensada com a suportação total ou parcial dos seus custos pelo subscritor ou, ainda que assim não seja, com as vantagens que conseguem obter-se numa negocia o colectiva, comparativamente às condições a que os participantes teriam acesso, enquanto indivíduos. Para  l m do mais, na qualidade de terceiros, não se lhes podem impor obrigações, mas apenas  nus.²³⁸⁰

8.2.3.2. Nos contratos-quadros seguidos de contratos individuais de seguro

Não obstante a lei não distinguir explicitamente entre as diversas modalidades de seguros colectivos, no que respeita ao regime da sua alteração e cessac  o, haverá mais alguns aspectos em que   necessário traçar distinções, também de regime, entre os verdadeiros seguros de grupo e os demais seguros colectivos. Passemos   análise da margem de manobra dos vários sujeitos no segundo paradigma, o do subscritor que celebra um contrato-quadro e dos participantes tomadores dos seus próprios contratos individuais de seguro.

Antes de mais, cumpre observar que as partes no contrato-quadro têm alguma liberdade na configuração do conteúdo e extensão do poder negocial dos participantes.²³⁸¹ Recordemo-nos de que, até certo ponto, as regras a que irá obedecer o processo negocial a desenrolar-se entre o segurador e cada um dos participantes são previamente estabelecidas no contrato-quadro: os participantes não lhe estão, naturalmente, vinculados, mas terão de comportar-se em conformidade com o que dispõe se pretenderem beneficiar das respectivas condições. Desde logo, pode determinar-se no contrato-quadro que a margem de manobra de cada participante se limite   decisão de contratar ou não contratar o seguro, não tendo este a menor possibilidade de influir no conteúdo do contrato, ou pode, pelo contrário, alargar-se a margem de manobra do participante, permitindo-lhe a tomada de toda uma série de decisões, quer no momento inicial da celebração do seu contrato de seguro, quer em momento posterior,

²³⁷⁹ Notava-o WINTER, *Gruppenspitze*, p. 90.

²³⁸⁰ WINTER, *Gruppenspitze*, p. 28, observava que a lei alemã sujeitava os participantes a alguns  nus, dando como exemplos os previstos nos    23-29a, *ex vi*   164;   33, *ex vi*   171 I; e   34, *ex vi*   171 II, todos da VVG.

²³⁸¹ Cfr. BIGOT, *Tra   III*, pp. 576-581.

possibilitando-lhe a negociação de alterações individualizadas ao contrato.²³⁸² Nos últimos tempos, tem vindo a crescer a tendência para a adopção desta última estratégia, embora ainda sem peso significativo no mercado. Um exemplo da margem de manobra que pode conceder-se aos participantes é o da escolha de um perfil de investidor conservador, moderado ou dinâmico, de acordo com o qual serão feitos os investimentos do fundo relativo a um seguro de vida misto ou de capitalização, na parte respeitante a cada participante. Evidentemente que, quanto maior for a margem de manobra dos participantes, mais caro sairá o produto, na medida em que a variabilidade de situações resultantes diminui a poupança nos custos normalmente decorrente de uma negociação colectiva, quando comparada com a negociação de um seguro individual.

No que respeita à margem de manobra dos participantes durante a vigência do respectivo contrato de seguro, dispõe a lei que, após a comunicação de alterações ao contrato-quadro, qualquer participante pode denunciar o vínculo resultante da sua adesão.²³⁸³ A liberdade aumenta se se tratar de um seguro contributivo. A lei não o determina directamente mas, na medida em que o participante se vincula perante o segurador e/ou o subscritor a suportar a totalidade ou parte do prémio, deverão ser-lhe aplicáveis os preceitos relativamente à cessação do seguro.²³⁸⁴ Não se trata, sequer, de analogia, dado que cada participante é tomador do seu próprio contrato.

Torna-se necessário definir o âmbito de aplicação do regime especialmente estabelecido na lei para a «denúncia pelo segurado».²³⁸⁵ A única conclusão a que pode chegar-se é a de que este regime especial se aplica somente aos seguros colectivos não contributivos que não sejam verdadeiros seguros de grupo, aplicando-se o regime geral aos contributivos. Tínhamos visto que aos verdadeiros seguros de grupo nenhum destes regimes se aplica, dado que nesse não há vínculo que os participantes possam fazer cessar.

Passando ao poder negocial do subscritor na vigência do contrato-quadro, dir-se-á que este é livre de alterar ou fazer cessar o contrato, nos mesmos termos em que o é o subscritor de um verdadeiro seguro de grupo, dado que também ao subscritor de um

2382 Cfr. BIGOT, *Traité III*, pp. 494-497 e 578-579.

2383 Art. 82.º/1 LCS. Note-se que este preceito não se inclui entre as disposições «absoluta» ou «relativamente imperativas» (arts. 12.º e 13.º LCS). Trata-se, por conseguinte, de uma disposição de natureza supletiva (art. 11.º LCS).

2384 Cfr. os arts. 105.º a 118.º LCS.

2385 Art. 82.º/1 LCS.

contrato-quadro se aplica o regime da cessação de um contrato de seguro – vimos que a lei nunca faz referência expressa à figura do contrato-quadro, tratando-o sempre como se se tratasse de um contrato de seguro.²³⁸⁶ Neste caso, por vezes não haverá sequer que proceder à devida separação entre os efeitos prospectivos e retroactivos dos seus actos, na medida em que a cobertura de que gozem os participantes consta dos seus próprios contratos de seguro, o que significa que, caso assim se estipule, nada obsta a que estes permaneçam em vigor, a expensas dos respectivos tomadores – os participantes. Não sendo esse o caso, os cuidados a ter serão semelhantes aos aplicáveis aos verdadeiros seguros de grupo. O desfecho desta questão depende do que se houver estipulado no contrato-quadro e/ou nos contratos individuais de seguro celebrados ao seu abrigo acerca da manutenção da cobertura após a cessação do contrato-quadro.²³⁸⁷

Uma questão possível é a de saber até que ponto as alterações introduzidas no contrato-quadro podem determinar alterações similares nos contratos de seguro celebrados ao seu abrigo entre o segurador e cada um dos participantes. Observa certa doutrina de expressão francesa que, nos termos gerais, tais alterações só poderão influir no conteúdo destes últimos, independentemente do consentimento dos participantes, na medida em que a lei assim o permita – o que se entende que faz a lei francesa, ao conceder ao aderente o direito de resolver a sua adesão em razão de tais modificações.²³⁸⁸ O mesmo se diga quanto à lei portuguesa.²³⁸⁹

Em caso de extinção de um seguro colectivo que não seja um verdadeiro seguro de grupo, com o propósito único de substituir o segurador, celebrando o subscritor um novo seguro colectivo com outro segurador, é necessária a «adesão» dos participantes ao novo contrato, ou seja a celebração de novos contrato individuais de seguro ao abrigo do novo contrato-quadro. Sublinha a doutrina francesa que os participantes poderão fazê-lo tacitamente.²³⁹⁰ Acrescente-se a possibilidade de o fazerem expressamente, ainda que por representante: o subscritor.²³⁹¹

2386 No sentido de que as partes no contrato-quadro são livres de o alterarem, cfr. BIGOT, *Traité III*, p. 578.

2387 Cfr. o art. 85.º LCS.

2388 Cfr. o disposto no art. L.141-4 CAfr. Veja-se, neste sentido, BIGOT, *Traité III*, pp. 494-497.

2389 Cfr. o disposto no art. 82.º/1 LCS.

2390 Neste sentido, BIGOT, *Traité III*, p. 581.

2391 Já vimos que, pese embora a clareza da distinção teórica, na prática, nem sempre é fácil distinguir entre as situações em que o subscritor actua em nome próprio mas por conta dos participantes das

CONCLUSÃO

Neste estudo, analisei o contrato de seguro enquanto fonte privilegiada de problemas de terceiros no direito dos contratos.²³⁹² A análise incidiu sobre a posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. Entre os vários terceiros relativamente a um contrato de seguro, sobressaem os terceiros-segurados. Assim como nos seguros de danos os segurados são as pessoas em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de capitais os segurados são as pessoas em cuja esfera se buscam os beneficiários. Os terceiros-segurados existem sempre que o tomador do seguro seja pessoa diversa do(s) segurado(s). O mesmo é dizer, sempre que se haja celebrado um seguro por conta de outrem ou de quem pertencer. Neste último caso, os segurados não são identificados de forma directa no momento da celebração, podendo inclusive nunca chegarem a existir terceiros-segurados. Em todo o caso, o seguro por conta pode definir-se, precisamente, como aquele em que há, ou se admite que haja, pelo menos, um terceiro-segurado. É uma figura eventual na generalidade dos seguros individuais, mas necessária nos verdadeiros seguros de grupo. Os segurados são os sujeitos do risco seguro: só eles se encontram na esfera de protecção directa do seguro, deles podendo dizer-se que estão cobertos pelo seguro. Os terceiros-segurados, nessa qualidade, são ainda aqueles que se apresentam no contrato como titulares do interesse seguro, a quem se exige que tenham interesse no seguro. Os terceiros-segurados correspondem tipicamente, ainda que não necessariamente, a terceiros beneficiários de contratos a favor de terceiro.

São terceiros beneficiários os terceiros titulares, por efeito do contrato de seguro, de uma qualquer situação jurídica activa nele estipulada. Para além dos terceiros-segurados que se enquadrem nesta definição, são também terceiros beneficiários os beneficiários designados nos seguros de capitais, a quem se atribui o direito de exigir a prestação ao segurador após a verificação do sinistro. Se este direito tiver fonte meramente

situações em que este actua em nome e por conta dos participantes, distinção essa que, em teoria como na prática, é característica dos sistemas de matriz romano-germânica, não existindo, designadamente, nos de matriz anglo-americana. Nesse sentido, REYNOLDS em BOWSTEAD/REYNOLDS, *Agency*, pp. 10-13 mm. 1-020 e 1-021 e pp. 375-377 m. 8-073. Cfr. *supra* n. 2060.

2392 Para um sumário alargado do presente estudo, cfr. *supra* a parte final da Introdução.

paracontratual, os terceiros já não serão terceiros beneficiários mas sim terceiros titulares de um direito de acção directa contra o segurador.

Num último patamar de protecção, temos os simples destinatários da prestação, que, apesar de não serem titulares de qualquer posição activa em face do contrato, são por este materialmente habilitados a receber a prestação, funcionando o contrato como «causa» da sua atribuição. E temos finalmente as pessoas seguras, nos seguros de pessoas, que nestes desempenham um papel funcionalmente semelhante ao das coisas seguras nos chamados seguros de coisas, porque constituem o ponto de referência, neste caso pessoal e não real, que delimita contratualmente o sinistro. A sua protecção relaciona-se com a necessidade de obter o seu consentimento e de respeitar os termos em que este é dado.

RESUMO

O objectivo deste estudo é analisar o contrato de seguro enquanto fonte privilegiada de problemas de terceiros no direito dos contratos. A análise incide sobre a posição de quem, não sendo parte num contrato de seguro, tem, ou questiona-se se tem, em face do contrato, uma qualquer posição juridicamente tutelada. O estudo divide-se em duas partes: uma primeira dedicada ao contrato de seguro e uma segunda consagrada aos terceiros.

Na primeira parte, defino o contrato de seguro e caracterizo os seus elementos estruturantes: o risco e o interesse. Em seguida, analiso as atribuições das partes, procurando determinar em que consistem e como se relacionam. Defendo que o seguro é um contrato sinalagmático, aleatório e de execução continuada. Na segunda parte, analiso os direitos ou outras situações jurídicas activas de que os terceiros podem ser titulares em face de um contrato, para melhor caracterizar a posição das várias espécies de terceiros nas relações de seguro. Examino as situações de fonte contratual e de fonte paracontratual, com particular incidência, respectivamente, no contrato a favor de terceiro e na acção directa. Em seguida, analiso a contratação por conta de terceiro e contraponho seguros por conta e a favor de terceiro. Termino com uma análise dos seguros colectivos e de grupo.

Finda a análise, a respeito do objecto do estudo – os terceiros – concluo que, assim como nos seguros de danos os segurados são as pessoas em cuja esfera se buscam os danos, nos seguros de capitais os segurados são as pessoas em cuja esfera se buscam os beneficiários. Os terceiros-segurados existem sempre que o tomador do seguro seja pessoa diversa do(s) segurado(s). O mesmo é dizer, sempre que se haja celebrado um seguro por conta de outrem ou de quem pertencer. Neste último caso, os segurados não são identificados de forma directa no momento da celebração, podendo inclusive nunca chegarem a existir terceiros-segurados. Em todo o caso, o seguro por conta pode definir-se, precisamente, como aquele em que há, ou se admite que haja, pelo menos, um terceiro-segurado. É uma figura eventual na generalidade dos seguros individuais, mas necessária nos verdadeiros seguros de grupo. Os segurados são os sujeitos do risco seguro: só eles se encontram na esfera de protecção directa do seguro, deles podendo dizer-se que estão cobertos pelo

seguro. Os terceiros-segurados, nessa qualidade, são ainda aqueles que se apresentam no contrato como titulares do interesse seguro, a quem se exige que tenham interesse no seguro. Os terceiros-segurados correspondem tipicamente, ainda que não necessariamente, a terceiros beneficiários de contratos a favor de terceiro.

São terceiros beneficiários os terceiros titulares, por efeito do contrato de seguro, de uma qualquer situação jurídica activa nele estipulada. Para além dos terceiros-segurados que se enquadrem nesta definição, são também terceiros beneficiários os beneficiários designados nos seguros de capital, a quem se atribui o direito de exigir a prestação ao segurador após a verificação do sinistro. Se este direito tiver fonte meramente paracontratual, os terceiros já não serão terceiros beneficiários mas sim terceiros titulares de um direito de acção directa contra o segurador.

Num último patamar de protecção, temos os simples destinatários da prestação, que, apesar de não serem titulares de qualquer posição activa em face do contrato, são por este materialmente habilitados a receber a prestação, funcionando o contrato como «causa» da sua atribuição. E temos finalmente as pessoas seguras, nos seguros de pessoas, que nestes desempenham um papel funcionalmente semelhante ao das coisas seguras nos chamados seguros de coisas, porque constituem o ponto de referência, neste caso pessoal e não real, que delimita contratualmente o sinistro. A sua protecção relaciona-se com a necessidade de obter o seu consentimento e de respeitar os termos em que este é dado.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyse the insurance contract as a privileged source of third-party problems in contract law. The analysis focuses on the standing of those persons who are – or one questions whether they are – in a legally protected position vis-à-vis an insurance contract without becoming parties thereto. The study is divided into two parts, the first of which about the insurance contract and the second on third-parties.

In the first part, I define the insurance contract and characterise its structural elements: risk and interest. I then analyse the parties' attributions. I aim to determine what they are and how they relate to one another. I argue that the insurance contract is a synallagmatic and aleatory contract of continued performance. In the second part, I analyse the rights or other active legal interests which third parties may be the holders of with regard to a contract, in order to characterise the position of the various kinds of third-parties in insurance relations. I examine active legal interests of both a contractual and para-contractual nature, with an emphasis, respectively, on the contract for the benefit of a third-party and on the direct action. I proceed to analyse the policies taken out «for account of another» and to compare the insurance contracts taken out «for account of another» and for the benefit of another. I end with a scrutiny of collective and group insurance.

I conclude, with regard to the object of this study – third-parties – that just as in indemnity insurance the insured are the persons in whose personal sphere we must search for the loss, in contingency insurance they are those in whose personal sphere we must seek out the beneficiaries. A third-party insured may be found whenever the policyholder is not itself the insured. The same is to say, whenever an insurance contract is taken out «for account of another» or «of whom it may concern». In this latter case, the insured are not directly identified at the time of contracting, and it may happen that no third-party insured ever exists. In any case, insurance contracts taken out «for account of another» or «of whom it may concern» may be defined, precisely, as those in which there is, or there can be, at least one third-party insured. This is a contingent element in most individual insurance policies but it is necessary in all true group insurance contracts. The insured are the subjects of the insured risk: only they are situated within the direct sphere

of protection of the insurance. Only they can be said to be covered by the insurance. Third-party insured, in that capacity, are also those that present themselves in the contract as the holders of the insured interest, those of whom one demands that they have an interest in the insurance. Third-party insured are typically, but not necessarily, the beneficiaries of a contract for the benefit of a third-party.

Third-party beneficiaries are those that have a contractual right or hold any other active legal interest derived from a contractual stipulation. Other than third-party insured that fall within this definition, one can also find third-party beneficiaries in the named beneficiaries in contingency insurance, in which they are granted the right to claim performance of the insurer's obligation upon the occurrence of an insured event. However, if such right is derived from a purely para-contractual source, third-parties will no longer be qualified as third-party beneficiaries but will rather be third-party holders of a direct action against the insurer.

On a last level of protection, we have the mere recipients of performance. Although they are not the holders of an active position in the insurance contract, the latter materially entitles them to receive performance, the contract functioning as the «cause» of their attribution. Finally, there are the insured persons in personal insurance, who perform a role functionally similar to that of the insured property in property insurance, in that they are the point of reference, in this case personal and not real, which contractually circumscribes the insured event. Their protection is linked to the need to obtain their consent and to respect the terms thereof.

RESUME

L'objet de cette étude est l'analyse du contrat d'assurance en tant que source privilégiée de problèmes des tiers en droit des contrats. L'analyse verse sur la position de celui qui, n'étant pas partie d'un contrat d'assurance, détient, ou l'on questionne s'il détient, en face du contrat, une quelconque position juridiquement protégée. L'étude est divisée en deux parties: une première dédiée au contrat d'assurance et une deuxième consacrée aux tiers.

Dans la première partie, je définis le contrat d'assurance et caractérise ses éléments structurants: le risque et l'intérêt. Par la suite, j'analyse les attributions des parties, en essayant de déterminer ce qu'elles sont et comment elles se rapportent. Je défends que l'assurance est un contrat synallagmatique, aléatoire et à exécution continuée. Dans la deuxième partie, j'analyse les droits ou d'autres situations juridiques actives dont les tiers puissent être titulaires en raison d'un contrat, pour mieux caractériser la position des différentes sortes de tiers dans les relations d'assurances. J'examine les situations de source contractuelle et para-contractuelle, incidant en particulier, respectivement, dans la stipulation pour autrui et dans l'action directe. Ensuite, j'analyse l'actuation pour le compte d'un tiers et je procède à la comparaison entre les assurances pour le compte d'autrui et les assurances avec des engagements pour autrui. Je termine avec l'analyse des assurances collectives et de groupe.

Une fois terminée l'analyse, je conclus, à propos de l'objet de l'étude – les tiers – que, de même que dans les assurances de dommages les assurés sont les sujets dans la sphère desquels nous déterminons les dommages, dans les assurances forfaitaires les assurés sont les sujets dans la sphère desquels se recherchent les bénéficiaires. Les tiers-assurés existent chaque fois que le preneur d'assurance est une personne différente de l'assuré(s), c'est-à-dire, chaque fois qu'un contrat d'assurance est conclu pour le compte d'autrui ou de qui il appartiendra. Dans ce dernier cas, les assurés ne sont pas identifiés de façon directe au moment de la célébration, et il est possible que des tiers-assurés ne viennent jamais à exister. En tout cas, l'assurance pour compte peut se définir, précisément, comme celle où il y a, ou on admet qu'il y ait au moins un tiers-assuré. C'est une figure éventuelle dans la généralité des assurances individuelles, mais nécessaire dans les véritables assurances de groupe. Les assurés sont les sujets du risque assuré: eux seuls

sont dans la sphère de protection directe de l'assurance – d'eux peut-on dire qu'ils sont couverts par l'assurance. Les tiers-assurés, dans cette qualité, sont encore ceux qui se présentent dans le contrat comme titulaires de l'intérêt assuré, auxquels on exige de l'intérêt dans l'assurance. Le tiers-assuré correspond typiquement, mais pas nécessairement, à un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

Sont des tiers bénéficiaires les tiers titulaires, par effet du contrat d'assurance, d'une situation juridique active stipulée dans le contrat. Outre les tiers-assurés qui s'encadrent dans cette définition, sont aussi des tiers bénéficiaires les bénéficiaires désignés dans les assurances forfaitaires, auxquels il est attribué le droit d'exiger la prestation à l'assureur après la vérification du sinistre. Au cas où ce droit aurait une source simplement parcontractuelle, les tiers ne seraient plus des tiers bénéficiaires mais des tiers titulaires d'un droit d'action directe contre l'assureur.

Dans un dernier palier de protection, nous trouvons les simples destinataires de la prestation, lesquels, n'étant pas titulaires d'une position active en face du contrat, sont néanmoins matériellement habilités par le contrat à recevoir la prestation, ce dernier fonctionnant comme «cause» de leur attribution. Et nous avons finalement les personnes assurées, en ce qui concerne les assurances de personnes, dans lesquelles celles-ci jouent un rôle fonctionnellement semblable à celui des choses assurées dans les assurances de choses, puisqu'elles sont le point de référence, dans ce cas personnel et non réel, qui délimite contractuellement le sinistre. Sa protection est liée à la nécessité d'obtenir son consentement et de respecter les termes du même.

JURISPRUDÊNCIA

Portugal

- Ac. STJ 01.04.1955, Baltasar Pereira, (1955) 48 BMJ 667-672.
- Ac. STJ 24.11.1964, Abrantes Tinoco, (1964) 141 BMJ 325-330.
- Ac. STJ 20.12.1984, Leite de Campos, (1984) 342 BMJ 291-297, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 18.05.1989, Ferreira da Silva, (1989) 387 BMJ 553-561, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 06.12.1989, Gama Vieira, (1990) 340 ADSTA 556-563, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 17.01.1990, Jorge Vasconcelos, (1990) 393 BMJ 585-587, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 26.09.1990, Sousa Macedo, (1990) 399 BMJ 385-393, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 16.01.1991, Sousa Macedo, (1991) 403 BMJ 436-440, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 05.06.1991, Jaime de Oliveira, (1991) 408 BMJ 588-596.
- Ac. STJ 06.07.1993, Cura Mariano, (1994) 436 BMJ 348 (sumário), www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 16.11.1993, Cura Mariano, (1993) 431 BMJ 467-471.
- Ac. STJ 13.04.1994, Araújo Ribeiro, (1994) 436 BMJ 339-347, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 03.07.1996, Almeida Deveza, (1996) 419 ADSTA 1348-1359, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 02.10.1996, Almeida Deveza, (1997) 422 ADSTA 265-275, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 21.06.1997, Almeida Deveza, (1997) 468 BMJ 384-397.
- Ac. STJ 11.02.1999, Sousa Dinis, (1999) 7-1 CJSTJ 106-111, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 14.04.1999, Almeida Deveza, (1999) 7-2 CJSTJ 258-260, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 15.06.1999, Pinto Monteiro, (1999) 488 BMJ 381-385.
- Ac. STJ 23.09.1999, Ribeiro Coelho, (1999) 7-3 CJSTJ 25-28.
- Ac. STJ 09.12.1999, Sousa Lamas, (1999) 492 BMJ 306-313, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 16.12.1999, Aragão Seia, (1999) 7-3 CJSTJ 140-144, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 03.05.2000, Francisco Lourenço, (2000) 8-2 CJSTJ 41-44.
- Ac. STJ 06.07.2000, Fernandes Magalhães, (2000) 8-2 CJSTJ 148-150, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ 31.10.2000, José Mesquita, (2000) 8-3 CJSTJ 274-276.
- Ac. STJ 25.01.2001, Diniz Nunes, (2001) 478 ADSTA 1392-1399, www.dgsi.pt (sumário).
- Ac. STJ n.º 10/2001 de 21.11, José Mesquita, DR de 27.12.2001. www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 18.02.2002, Moitinho de Almeida, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 20.02.2002, Diniz Nunes, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ n.º 6/2002, de 28.05, Simões Freire, DR de 18.07.2002.
- Ac. STJ 16.01.2003, Moitinho de Almeida, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 11.02.2004, Mário Pereira, (2004) 12-1 CJSTJ 265-270, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 01.07.2004, Ferreira de Almeida, www.dgsi.pt (integral).
- Ac. STJ 13.07.2004, Salvador da Costa, (2004) 12-2 CJSTJ 145-150.

Ac. STJ 30.09.2004, Faria Antunes, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 07.03.2006, Fernandes Magalhães, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 20.09.2006, Fernandes Cadilha, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 12.10.2006, Salvador da Costa, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 24.10.2006, Faria Antunes, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 07.11.2006, Alves Velho, (2006) 14-3 CJSTJ 104-107, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 22.03.2007, Silva Salazar, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 10.05.2007, Salvador da Costa, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 27.09.2007, Salvador da Costa, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 27.09.2007, Pereira da Silva, www.dgsi.pt (integral).
 Ac. STJ 04.10.2007, Oliveira Rocha, www.dgsi.pt (integral).

Ac. RC 20.06.2000, Hélder Roque, www.dgsi.pt (sumário).

Ac. RG 12.03.2003, Teresa Pais, (2003) CJ 28-2 CJ 269-272.

Ac. RL 30.07.1986, Pedro Macedo, (1986) 11-4 CJ 204-205.
 Ac. RL 26.05.1987, Santos Monteiro, (1987) 12-3 CJ 92-93, www.dgsi.pt (sumário).
 Ac. RL 10.12.1992, Pires Salpico, (1992) 17-5 CJ 142-144.
 Ac. RL 04.02.1999, Arlindo Rocha, (1999) 24-1 CJ 104-108, www.dgsi.pt (sumário).
 Ac. RL 14.04.2005, Fátima Galante, (2005) 30-2 CJ 95-97, www.dgsi.pt (integral).

Ac. RP 31.01.1973, sem indicação de relator, (1973) 224 BMJ 229-230 (sumário).
 Ac. RP 21.12.1973, sem indicação de relator, (1974) 232 BMJ 168 (sumário).
 Ac. RP 17.06.1996, Azevedo Ramos, (1996) 21-3 CJ 218-222.
 Ac. RP 12.12.2000, Marques de Castilho, www.dgsi.pt (integral).

União Europeia

Ac. TJCE 17.02.1993, Procs. C-159/91 e C-160/91; Col. Jur. 1993 p. I-00637 (*Christian Poucet v Assurances générales de France e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*).
 Ac. TJCE 16.11.1995, Proc. C-244/94; Col. Jur. 1995 p. I-04013 (*Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie e Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs v Ministério da Agricultura e da Pesca*).
 Ac. TJCE 26.03.1996, Proc. C-238/94; Col. Jur. 1996 p. I-01673 (*José García e.a. v Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine e.a.*).
 Ac. TJCE 25.02.1999, Proc. C-349/96; Col. Jur. 1999 p. I-00973 (*Card Protection Plan Ltd (CPP) v Commissioners of Customs & Excise*).

Ac. TJCE 12.05.2005, Proc. C-112/03; Col. Jur. 2005 p. I-03707 (*Société financière et industrielle du Peloux v Axa Belgium e.a.*).

Ac. TJCE 13.12.2007, Proc. C-463/06; Col. Jur. 2007 p. 00000 (*FBTO Schadeverzekeringen NV v Jack Odenbreit*).

Alemanha

RG 20.06.1902, (1903) 52 RGZ 49-54.

RG 05.10.1917, (1918) 91 RGZ 21-26.

RG 07.02.1936, (1936) 150 RGZ 228-231.

BGH 14.07.1962, (1962) 13 VersR 974-977.

BGH 12.03.1964, (1964) 15 VersR 497-400.

BGH 19.01.1967, (1967) 18 VersR 343-345.

BGH 24.02.1972, (1972) 58 BGHZ 184-190.

BGH 07.05.1975, (1975) 64 BHGZ 260-268.

BGH 19.01.1984, (1984) 89 BGHZ 376-383.

BGH 17.01.1985, (1985) 93 BGHZ 271-278.

BGH 20.06.1990, (1991) 111 BGHZ 382-388.

BGH 29.09.1994, (1995) 46 VersR 344-346.

BGH 07.05.1997, (1997) 48 VersR 1213-1215.

BGH 17.12.1997, (1998) 49 VersR 305-307.

BGH 06.07.2006, (2006) 57 VersR 1637-1639.

BGH 18.01.2007, (2007) 28 ZIP 543-545.

BGH 05.03.2008, (2008) 29 ZIP 692-694.

BVerwG 11.11.1986, (1987) 38 VersR 273-276.

BVerwG 19.05.1987, (1987) 38 VersR 701-704.

BVerwG 12.05.1992, (1992) 43 VersR 1381-1382.

BVerwG 29.09.1992, (1993) 8 NJW-RR 289-290.

OLG Karlsruhe 02.07.1987, (1988) 39 VersR 128-129.

OLG Nuremberga 23.05.1991, (1991) 6 VuR 274-281.

OLG Celle 04.11.1993, (1995) 46 VersR 405-406.

LG Colónia 19.09.1984, (1985) 36 VersR 384-386.

França

- Cass. Fr. 02.07.1884, (1885) 61 Rec. Dal. P. 150-151.
 Cass. Fr. 17.07.1911, (1912) 88 Rec. Dal. P. 81-82.
 Cass. Fr. 14.06.1926, (1926) 102 Rec. Dal. H. 393.
 Cass. Fr. 21.11.1978, (1978) Bull. Civ. I n.º 356 pp. 276-277.
 Cass. Fr. 08.12.1987, (1987) Bull. Civ. I n.º 343 p. 246.
 Cass. Fr. 06.10.2006, (2006) 182 Rec. Dal. P. 2825-2831.

Reino Unido

- Lucena v Craufurd*, (1806) 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269; 127 E.R. 630 (H.L.)
Keighley Maxsted & Co v Durant, [1901] A.C. 240 (H.L.)
Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v Selfridge & Co. Ltd., [1915] A.C. 847 (H.L.)
Macaura v Northern Assurance Co. Ltd., [1925] A.C. 619 (H.L.)
Chappell & Co v. Nestlé, [1960] A.C. 87 (H.L.)
President of India v Lips Maritime Corporation, [1988] A.C. 395 (H.L.)
The Star Sea, [2003] 1 A.C. 469 (H.L.)
- Castellain v Preston*, (1883) 11 Q.B.D. 380 (C.A.)
In Re Denton's Estate, [1904] 2 Ch. 178 (C.A.)
Kausar v Eagle Star Insurance Co. Ltd., [1997] C.L.C. 129 (C.A.)
Feasey v Sun Life Assurance Co. of Canada, [2003] 2 All E.R. (Comm) 587; W.L. 21353304 (C.A.)
- Tyrie v Fletcher*, (1777) 2 Cowp. 666; 98 E.R. 1297
Gilbert v Sykes, (1812) 16 East 150; 104 E.R. 1045
Pim v Reid, (1843) 6 Man. & G. 1; 134 E.R. 784
Dalby v The India and London Life-Assurance Co., (1854) 15 C.B. 365; 139 E.R. 465.
Printing & Numerical Registering Co. v Sampson, (1875) L.R. 19 Eq. 462
Carlill v The Carbolic Smoke Ball Co, [1892] 2 Q.B. 484
Nelson v Board of Trade, (1901) 17 T.L.R. 456
Prudential Insurance Co. v Commissioners of Inland Revenue, [1904] 2 K.B. 658
Department of Trade and Industry v St. Christopher Motorists' Association Ltd., [1974] 1 W.L.R. 99
Medical Defence Union Ltd v Department of Trade and Industry, [1980] Ch. 82
Swiss Reinsurance Co. v United India Insurance Co. Ltd., [2005] 1 C.L.C. 203; Lloyd's Rep. I.R. 341

EUA

- Grigsby v Russell*, 222 US 149; 32 S.Ct. 58 (1911)
- Group Life & Health Insurance Co. v Royal Drug Co.*, 440 US 205; 99 S.Ct. 1067 (1979)
- Bussinger v Bank of Watertown*, 67 Wis. 75; 30 N.W. 290 (1886)
- Horsch v Dwelling-House Insurance Co.*, 77 Wis. 4; 45 N.W. 945 (1890)
- Enright v Standard Life & Accident Insurance Co.*, 91 Mich. 238; 51 N.W. 928 (1892)
- Hayes v Milford Mutual Fire Insurance Co.*, 170 Mass. 492; 49 N.E. 754 (1898)
- Carpenter v Chicago & Eastern Illinois Railroad Co.*, 21 Ind. App. 88; 51 N.E. 493 (1898)
- Fidelity & Casualty Co. v Ballard & Ballard Co.*, 105 Ky. 253; 48 S.W. 1074 (1899)
- Metropolitan Life Insurance Co. v Conway*, 252 N.Y. 449; 169 N.E. 642 (1930)
- Ollendorff Watch Co v Pink*, 279 N.Y. 32; 17 N.E.2d 676 (1938)
- State ex rel. Duffy, Attorney General v Western Auto Supply Co.*, 134 Ohio St. 163; 16 N.E.2d 256 (1938)
- Jordan v Group Health Association*, 71 App.D.C. 38; 107 F.2d 239 (1939)
- Liberty National Life Insurance Co. v Weldon*, 267 Ala. 171; 100 So.2d 696 (1957)
- Time Insurance Co. v Sams*, 692 F. Supp. 663 (1988)

Canadá

- Keefer and the Quebec Bank v The Phoenix Insurance Co. of Hartford*, [1901] 31 S.C.R. 144
- Gray v Kerslake*, [1958] S.C.R. 3
- Kosmopoulos v Constitution Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 2
- Glynn v Scottish Union & National Insurance Co.*, [1963] 2 O.R. 705 (Ontario C.A.)
- Mutual Life Assurance Co. v Tucker*, (1993) 15 C.C.L.I. (2d) 77 (Nova Scotia C.A.)

Austrália

- McRae v Commonwealth Disposals Commission*, (1950) 84 CLR 377 (HCA)
- National Mutual Life Association of Australasia Ltd. v Federal Commissioner of Taxation*, (1959) 102 CLR 29 (HCA)
- Australian Health Insurance Association Ltd. v Esso Australia Ltd.*, (1993) 41 FCR 450 (HCA)

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÃO, Rui de – «Invalidade dos negócios jurídicos» (1959) 89 BMJ 199-267. Cit. *Invalidade*.
- ALBERT, Michel – «Le rôle économique et social de l'assurance» em *Encyclopédie de l'assurance*, François Ewald e Jean-Hervé Lorenzi (eds.), Paris 1998, pp. 3-26. Cit. *Rôle*.
- ALBRECHT, Peter – «Risiko, Versicherungstechnisches» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 651-657. Cit. *Risiko*.
- ALBRECHT, Peter/ LIPPE, Stefan – «Prämie, mathematische und wirtschaftliche Fragen» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 525-532. Cit. *Prämie*.
- ALBUQUERQUE, Pedro de – «A aplicação do prazo prescricional do n.º 1 do artigo 498.º do Código Civil à responsabilidade civil contratual» (1989) 49 ROA 793-837. Cit. *Prazo Prescricional*.
- *A representação voluntária em direito civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra 2004. Cit. *Representação*.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, II *A construção dogmática*, Coimbra 2006. Cit. *Estruturação*.
- ALEXY, Robert – *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Francoforte no Meno 1996. Cit. *Theorie*.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Publicidade e teoria dos registos*, Coimbra 1966. Cit. *Publicidade*.
- *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra 1992. Cit. *Texto*.
- *Contratos I. Conceitos. Fontes. Formação*, 3.ª ed., Coimbra 2005. Cit. *Contratos I*.
- «Registo de valores mobiliários» em *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, I, coord. Jorge Miranda, Lima Pinheiro, Moura Vicente, Coimbra 2005, pp. 873-960. Cit. *RVM*.
- «As pessoas no conteúdo dos contratos» em *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra 2006, pp. 517-544. Cit. *Pessoas*.
- «A função económico-social na estrutura do contrato» em *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra 2007, pp. 57-80. Cit. *Função*.
- *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, Coimbra 2007. Cit. *Contratos II*.
- «Contratos de troca para a transmissão de direitos» em *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra 2007, pp. 199-233. Cit. *Contratos de Troca*.
- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de – *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa 1971. Cit. *Contrato de Seguro*.
- «Seguros em nome e por conta de outrem» (1971) 20 ScIur 151-168. Cit. *Seguros por Conta*.
- ALSLEBEN, Detlef – *Zufall und subjektives Risiko: eine Betrachtung zu den systematischen Grenzen der Versichbarkeit von industriell verursachten Umweltschäden auf der Grundlage alten und neuen Haftungsrechts mit einem*

Nachtrag zum neuen Umwelthaftpflichtmodell, Karlsruhe 1993. Cit. *Zufall*.

ALVES, Paula Ribeiro – *Intermediação de seguros e seguro de grupo. Estudos de direito dos seguros*, Coimbra 2007. Cit. *Seguro de Grupo*.

ANCEL, Pascal – «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat» (1999) RTDCiv 771-810. Cit. *Force Obligatoire*.

ANDRADE, Manuel – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra 1960. Cit. *Teoria I*.

– *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra 1960. Cit. *Teoria II*.

ANDRADE, Rui – *Vocabulário de seguros. Perceba a linguagem da sua seguradora*, Lisboa 2001. Cit. *Vocabulário*.

ANDRÉ, Robert/ HOSTE, Hubert – *Les assurances de droit commun*, Bruxelas 1964. Cit. *Assurances*.

– *Versicherung für fremde Rechnung*, Heidelberg 1967. Cit. *VFR*.

ANGELONI, Franco – «Del contratto a favore di terzi» em *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Francesco Galgano (ed.), IV, Arts. 1411-1413, Bolonha 2004. Cit. *CFT*.

ANÓNIMO – «Insurance – warranty of goods as insurance contract» (1938) 25 Va L Rev 238-239. Cit. *Warranty of Goods*.

ANÓNIMO – «Warranties of merchandise as contracts of insurance» (1938) 48 YLJ 117-124. Cit. *Warranties of Merchandise*.

ANÓNIMO – «Insurance – vendor's promise to replace lost watches as insurance» (1939) 25 Va L Rev 494. Cit. *Vendor's Promise*.

ANÓNIMO – «Insurance – insurable interest of beneficiary in life of insured» (1945) 45 CLRev 662-663. Cit. *Beneficiary*.

ANÓNIMO – «Insurance companies held negligent in issuing policies to applicant without insurable interest and consequently liable for wrongful death of insured child murdered by policyholder» (1958) 58 CLRev 1087-1092. Cit. *Wrongful Death*.

ANÓNIMO – «Group insurance policies: the employer/insurer agency relationship» (1968) 4 Duke Law Journal 824-828. Cit. *Employer/Insurer Relationship*.

ANTHERO, Adriano – *Comentário ao Código Commercial Português*, II, Porto 1915. Cit. *Comentário CCom II*.

APPIAH, Kwame Anthony – «Race, culture, identity: misunderstood connections» em *Color conscious: the political morality of race*, K. Anthony Appiah e Amy Gutmann, Princeton NJ 1996, pp. 30-105. Cit. *Color Conscious*.

APPLEMAN, John Alan (P)/ HOLMES, Eric Mills (eds.) – *Appleman on insurance*, 2.^a ed., Newark NJ 1996, atualizado a 2007. Cit. *Appleman on Insurance*.

ARISTÓTELES – *Ética a Nicómaco*, orig. séc. IV a.C., trad. António Caeiro, Lisboa 2004. Cit. *Ética a Nicómaco*.

ASCARELLI, Tullio – «Elisir di lunga vita e interesse nell' assicurazione» (1952) 6 RTDPC 1146-1153. Cit. *Elisir*.

– «Sul concetto unitario del contratto di assicurazione», orig. 1945, em *Studi in tema di contratti*,

- Milão 1952, pp. 353-401. Cit. *Concetto Unitario*.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa 1968. Cit. *Tipicidade*.
- *Direito civil. Reais*, 5.^a ed., Coimbra 1993. Cit. *Reais*.
 - *Teoria geral do direito civil*, III, Coimbra 2002. Cit. *Teoria III*.
 - «Derivados» em *Direito dos valores mobiliários*, IV, Coimbra 2003, pp. 41-68. Cit. *Derivados*.
 - *Teoria geral do direito civil*, II, 2.^a ed., Coimbra 2003. Cit. *Teoria II*.
- ASCH, Hans – *Die Gruppenlebensversicherung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz*, Berna 1930. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- ASMUS, Werner – «Unfallversicherung: Versicherter, Bezugsberechtigter, Zessionar, Pfandgläubiger, Pfändungspfandgläubiger» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 56-58. Cit. *Rechte Dritter*.
- ATTYAH, Patrick S. – *Promises, Morals and Law*, Oxford 1981. Cit. *Promises*.
- AUBERT, Jean-Luc – «A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers» (1993) RTDCiv 263-278. Cit. *Distinction*.
- *Le contrat*, Paris 1996. Cit. *Contrat*.
- AZEVEDO, Amândio de – «Seguro» em *Verbo Enciclopédia luso-brasileira de cultura*, XVI, Lisboa 1994, cc. 1675-1677. Cit. *Seguro*.
- BAARS, Geoff/ SENNETT, Nick – *The fundamentals of group insurance*, Zurique 1994. Cit. *Fundamentals*.
- BAILLO y MORALES-ARCE, Jaime – «El beneficiario de una prestación de seguro» (1998) 94 Revista Española de Seguros 235-260. Cit. *Beneficiario*.
- BAKER, Tom – «Constructing the insurance relationship: sales stories, claims stories, and insurance contract damages» (1994) 72 Texas Law Review 1395-1433. Cit. *Insurance Relationship*.
- «On the genealogy of moral hazard» (1996) 75 Tex L Rev 237-292. Cit. *Moral Hazard*.
 - «Liability insurance as tort regulation: six ways that liability insurance shapes tort law in action» (2005) 12 Conn Ins LJ 1-16. Cit. *Liability Insurance*.
 - *Insurance law and policy: cases, materials and problems*, 2.^a ed., Austin TX 2008. Cit. *ILP*.
- BALDAWI, Abboud Abdul-Latif – *La stipulation pour autrui. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Genebra 1954. Cit. *Stipulation pour Autrui*.
- BALDWIN, Robert – «Introduction – risk: the legal contribution» em *Law and uncertainty: risks and legal processes*, Robert Baldwin (ed.), Londres 1997, pp. 1-18. Cit. *Introduction*.
- BALLARANI, Gianni – «Prime note sul sistema dell'indennizzo diretto: la qualificazione giuridica del pagamento per conto dell'impresa del responsabile e la c. d. azione *diretta* del danneggiato nei confronti della propria compagnia» (2007) 74 Assicurazioni 3-37. Cit. *Indennizzo Diretto*.
- BARILLA, Giovanni B. – *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Francoforte no Meno 2005. Cit. *Garanzia*.

- BARLOW LYDE & GILBERT LLP – *Insurance handbook*, 3.^a ed., Haywards Heath 2007. Cit. *Insurance Handbook*.
- BARTHOLOMÄUS, Peter – *Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot*, Karlsruhe 1997. Cit. *Bereicherungsverbot*.
- BASEDOW, Jürgen – «Die Kapitallebensversicherung als partiarisches Rechtsverhältnis. Eine zivilistische Konstruktion der Überschußbeteiligung» (1992) 81 ZversWiss 419-455. Cit. *KLIV*.
- «Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischen Integration und Verbraucherpolitik» em *Versicherungsrecht in Europa, Kernperspektive am Ende des 20. Jahrhunderts*, F. Reichert-Facilides e A. K. Schnyder (eds.), Basileia 2000, pp. 13-30. Cit. *Europäischen Integration*.
- «Der Allgemeine Teil des Versicherungsvertragsgesetzes 2006 – ausgewählte Fragen» (2005) 29 VersWissStud 45-56. Cit. *VVG 2006*.
- BASEDOW, Jürgen/ FOCK, Till – «Rechtsvergleich» em *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, Jürgen Basedow, Till Fock e Dorothee Janzen (eds.), I, Tubinga 2002, pp. 1-137. Cit. *Rechtsvergleich*.
- BAUERREIS, Jochen – *Das französische Rechtsinstitut der action directe und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten*, Berlim 2001. Cit. *Action Directe*.
- BAUERREIS, Wolfgang – «Die Ansprüche Dritter gegen den Verscherer» (1970) 25 VR 257-283. Cit. *Ansprüche Dritter*.
- BAUERSACHS, Karl – *Entwicklung des Bereicherungsverbotes im Versicherungsvertragsrecht: Geschichte – Dogma – Umgebung – Kassation – Systemfolgen*, Manheim 2002, retirado de <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=96721887X> (actualmente indisponível). Cit. *Bereicherungsverbot*.
- BAUMANN, Frank/ SANDKÜHLER, Hans-Ludger – *Das neue Versicherungsvertragsgesetz*, Friburgo 2008. Cit. *Neue VVG*.
- BAUMANN, Horst – «§ 2» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 61-85. Cit. *BK/Baumann*.
- BAYER, Walter – *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tubinga 1995. Cit. *Vz Dritter*.
- «Die Einbeziehung Dritter in den Versicherungsertrag» em *Karlsruhe Forum 1998* (VersR-Schriften 6), pp. 51-79. Cit. *Einbeziehung*.
- BEALE, Hugh – «Stipulations for third parties in English law» em *Études offertes à Jacques Ghéstin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris 2001, pp. 45-63. Cit. *Stipulations*.
- BEAM, Jr., Burton T. – *Group benefits: basic concepts and alternatives*, 3.^a ed., Bryn Maur PA 1987. Cit. *Group Benefits*.
- BEATSON, J. – *Anson's law of contract*, 27.^a ed., Oxford 1998. Cit. *Law of Contract*.
- BEAUVOIR, Simone de – *Le deuxième sexe*, orig. 1949, I-II, Paris 1999. Cit. *Deuxième Sexe*.
- BECK, Ulrich – *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte no Meno 1986. Cit. *Risikogesellschaft*.
- BECKMANN, Roland – «§158c» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 1852-1878. Cit. *BK/Beckmann*.
- BENECKE, Wilhelm – *System des Assekuranz- und Bodmereiwesens aus den Gesetzen und Gebräuchen Hamburgs und der*

vorzüglichsten handelnden Nationen Europas, so wie aus der Natur des Gegenstandes entwickelt, I, 2.^a ed., Hamburgo 1810. Cit. *System*.

BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis – *Tratado de seguros*, I, Madrid 1955. Cit. *Tratado I*.

– *Tratado de seguros*, III, Madrid 1955. Cit. *Tratado III*.

– «El contrato de seguros no es un contrato aleatorio ni un contrato típico de adhesión» em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 389-401. Cit. *Contrato Aleatorio*.

BENTHAM, Jeremy – *Principles of morals and legislation*, Cap. I «Of the principle of utility», orig. 1780, em *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, J. Troyer (ed.), Indianápolis IN 2003, pp. 8-12. Cit. *Principles*.

BENZIN, Arne – «Versicherbarkeit von Terrorismusrisiken» (2005) 94 ZVersWiss 709-738. Cit. *Terrorismusrisiken*.

BERDOT, François – «L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989» (1990) 61 Revue Générale des Assurances Terrestres 775-794. Cit. *Assurance de Groupe*.

BERG, Marco/ ERDMANN, Georg/ HOFMANN, Markus/ JAGGY, Michael/ SCHERINGER, Martin/ SEILER, Hansjörg (eds.), – *Was ist ein Schaden? Zur normativen Dimension des Schadensbegriffs in der Risikowissenschaft*, Zurique 1994. Cit. *Was ist ein Schaden?*.

BERNSTEIN, Peter L. – *Against the gods: the remarkable story of risks*, Nova Iorque NY 1996. Cit. *Against the Gods*.

BESLER, Georg – *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, orig. 1847, 3.^a ed., Berlim 1873. Cit. *System*.

BETTI, Emilio – *Teoria generale del negozio giuridico*, orig. 1943, 2.^a ed., Turim 1950. Cit. *Negoziò*.

– *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milão 1953. Cit. *Obbligazioni*.

BEUTHIEN, Volker – *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tubinga 1969. Cit. *Zweckerreichung*.

BICKELHAUPT, David Lynn – *General insurance*, 11.^a ed., Homewood IL 1983. Cit. *General Insurance*.

BIGOT, Jean – «L'aléa, limite de l'assurabilité du risque» em *Essays on tort, insurance, law and society in honour of Bill W. Dufna*, H. Tíberg, M. Clarke, A. Beskow, M. Carlsson, R.-M. Lundström, T. Utterström e S. Arvmyren (eds.), I, Estocolmo 2006, pp. 207-221. Cit. *Aléa*.

BIGOT, Jean (dir.) – *Traité de droit des assurances*, III, Paris 2002. Cit. *Traité III*.

BILISOLY, Richard S. – «Introduction to group insurance» em *Group insurance*, William F. Bluhm (ed.), Winsted CT 1992, pp. 3-14. Cit. *Introduction*.

BINON, Jean-Marc – «Chronique de droit européen. Assurance et responsabilité (octobre 2003 – décembre 2004)» (2005) 78 Revue Générale des Assurances et des Responsabilités 13971 (n.º 43-45). Cit. *Chronique*.

– *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, Bruxelas 2007. Cit. *Assurances de Personnes*.

BINON, Jean-Marc/ CRIJNS, Marie-Anne – *L'assurance groupe en Belgique*, Bruxelas 1996. Cit. *Assurance Groupe*.

BIRDS, John – «Insurable interests» em *Interests in goods*, Norman Palmer e Ewan McKendrick (eds.), 2.^a ed.,

- Londres 1998, pp. 91-109. Cit. *Insurable Interests*.
- BLOMEYER, Arwed – *Studien zur Bedingungslehre*, Berlim 1939. Cit. *Bedingungslehre*.
- BOETIUS, Jan – *Der Garantievertrag*, Munique 1966. Cit. *Garantievertrag*.
- BOGHOSSIAN, Paul A. – «What is social construction?» em *Times Literary Supplement*, Fev. 2001, disponível em <http://philosophy.fas.nyu.edu/docs/IO/1153/socialconstruction.pdf>. Cit. *Social Construction*.
- BOIVIN, Denis – *Insurance law*, Toronto 2004. Cit. *Insurance Law*.
- BOIZEL, Roger – «Intérêt des parties contractantes et protection des tiers: quel équilibre?» 2007 RGDA 13-19. Cit. *Équilibre*.
- BOLDÓ RODA, Carmen – *El beneficiario en el seguro de vida*, Barcelona 1998. Cit. *Beneficiario*.
- BOREL, Émile – *Valeur pratique et philosophique des probabilités*, Paris 1939. Cit. *Probabilités*.
- BOSELLI, Aldo – «Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio» (1949) 3 RTDPC 596-618. Cit. *Obbligazioni Fondamentali*.
- «Alea» em *Novissimo Digesto Italiano*, Antonio Azara e Ernesto Euga (eds.), II, Turim 1957, pp. 468-476. Cit. *Alea*.
- BOTES, Johan Hendrik – From good faith to utmost good faith in marine insurance, Francoforte no Meno 2006. Cit. *Utmost Good Faith*.
- BOWSTEAD, William (II) / REYNOLDS, Francis M. B. – *Bowstead and Reynolds on agency*, 18.^a ed., Londres 2006. Cit. *Agency*.
- BRAESS, Paul – «Elemente einer dynamischen Versicherungskonzeption aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicher» (1970) 59 ZVersWiss 1-15. Cit. *Elemente*.
- BRAUN, Heinrich – «Gruppenlebensversicherung» em *Versicherungslexikon*, Alfred Manes (ed.), 3.^a ed., Berlim 1930, pp. 700-701. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- BRINKMANN, Thomas – *Die Zulässigkeit der Verwertung von genetischen Informationen im deutschen und amerikanischen Versicherungsrecht*, Karlsruhe 2006. Cit. *Zulässigkeit*.
- BRITO, José Miguel – *Contrato de seguro por conta de outrem. O seguro por conta de outrem nos seguros de danos*, dissertação de mestrado não publicada, Lisboa 2005. Cit. *Seguro por Conta*.
- *Seguro marítimo de mercadorias. Descrição e notas ao seu regime jurídico*, Coimbra 2006. Cit. *Seguro Marítimo*.
- BRITO, José de Sousa e – «A questão dos fundamentos da ética em Bentham e Mill», artigo não publicado, sem local nem data, retirado de http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_423_Fundamentos_%20da%20ética.doc (actualmente indisponível). Cit. *Fundamentos*.
- BRITO, Maria Helena – *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Coimbra 1990. Cit. *Concessão Comercial*.
- *A representação nos contratos internacionais: um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra 1999. Cit. *Representação*.

- BROWN, Campbell – «Consequentialise this», artigo não publicado, 2004, retirado de <http://personal.bgsu.edu/~browncf/papers/ConsequentialiseThis.pdf> (actualmente indisponível). Cit. *Consequentialise This*.
- BROWN, Craig/MENEZES, Julio – *Insurance law in Canada*, I, Scarborough 1999. Cit. *Insurance Law*.
- BRUCK, Ernst – *Das Privatversicherungsrecht*, Manheim 1930. Cit. *PVR*.
- «Die Gefahrgemeinschaft» em *Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Ernst Heymann zum 6. April 1930*, K. Klausing, Hans Karl Nipperdey e Arthur Nussbaum (eds.), II, Marburgo 1931, pp. 1260-1273. Cit. *Gefahrgemeinschaft*.
- BRUCK, Ernst (fund. I) / MÖLLER, Hans – *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*, I, 8.^a ed., Berlim 1961. Cit. *VVG I*.
- BRUCK, Ernst (fund. I) / MÖLLER, Hans (II) / SIEG, Karl – *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*, II, 8.^a ed., Berlim 1980. Cit. *VVG II*.
- BRUCK, Ernst (fund. I) / MÖLLER, Hans (II) / JOHANNSEN, Ralf – *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*, IV, 8.^a ed., Berlim 1970. Cit. *VVG IV*.
- BRUCK, Ernst (fund. I) / MÖLLER, Hans (II) / WINTER, Gerrit – *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*, V2, 8.^a ed., Berlim 1988. Cit. *VVG V2*.
- BRUCK, Ernst (fund. I) / MÖLLER, Hans (II) / WAGNER, Klaus – *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*, VI1, 8.^a ed., Berlim 1978. Cit. *VVG VI1*.
- BÜCHNER, Franz – «Der Begriff der "Gegenseitigkeit" und seine mehrfache Bedeutung im Versicherungswesen» (1965) 54 ZVersWiss 435-464. Cit. *Gegenseitigkeit*.
- «Zur Vorgeschichte der Gebäude-Neuwertversicherung» (1970) 25 VW 765-768, 839-844, 913-918. Cit. *Vorgeschichte*.
- BUCHNER, Herbert/ CUNTZ, Paul/ FISCHER, Kurt/ MILLAUER, Horst E. – «Gruppenversicherung» em *Handwörterbuch des Versicherungswesens*, Eberhart Finke (ed.), Darmstadt 1958, cc. 881-892. Cit. *Gruppenversicherung*.
- BÜHNEMANN, Bernt – «Schadenversicherung im allgemeinen: Versicherter, Erwerber, Realgläubiger, Zessionar» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 20-31. Cit. *Rechte Dritter*.
- BURKE, James S. – «Designation of the beneficiary» em *The beneficiary in life insurance, Huebner Foundation Lectures*, David McCahan (ed.), ed. revista, Homewood IL 1956, pp. 4-22. Cit. *Designation*.
- BUSCH, Danny – *Indirect representation in European contract law*, Haia 2005. Cit. *Indirect Representation*.
- BUTTARO, Luca – «Assicurazione in generale» em *Enc Dir*, III, Milão 1958, pp. 427-455. Cit. *Assicurazione*.

- «Assicurazione (contratto di)» em Enc Dir, III, Milão 1958, pp. 455-493. Cit. *Contratto di Assicurazione*.
- «Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana» em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 279-300. Cit. *Moderni Orientamenti*.
- CAEMMERER, Ernst v. — «Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen» (1962) 17 JZ 385-388. Cit. *Bereicherungsansprüche*.
- CAETANO, Marcelo — Anotações ao Decreto de 21 de Outubro de 1907 em (1930) 2 Boletim de Seguros — 2.ª Série 127-144; (1932) 4 Boletim de Seguros — 2.ª Série 105-129. Cit. *Anotações*.
- CALASTRENG, Simone — *La relativité des conventions. Étude de l'article 1165 du Code Civil*, Paris 1939. Cit. *Relativité*.
- CÂMARA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL — *International Commercial Terms*, ed. 2000, disponíveis em <http://www.incoterms.tk/>. Cit. *Incoterms 2000*.
- CAMPOS, Abel de — «Contratos em benefício de terceiros» (1953) 2 ScIur 254-259, (1954) 3 ScIur 270-277 e 499-503, (1955) 4 ScIur 43-46, (1958) 7 ScIur 499-502. Cit. *CBT*.
- CAMPOS, Diogo Leite de — *Seguro da responsabilidade civil fundada em acidentes de viação. Da natureza jurídica*, Coimbra 1971. Cit. *JRC*.
- *Contrato a favor de terceiro*, orig. 1969, 2.ª ed., Coimbra 1991. Cit. *CFT*.
- CANARIS, Claus-Wilhelm — «Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis» em *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris (eds.), Munique 1973, pp. 799-865. Cit. *Bereicherungsausgleich*.
- «Finanzierungsleasing und Wandelung» (1982) 35 NJW 305-312. Cit. *Wandelung*.
- *Direitos fundamentais e direito privado*, Ingo W. Sarlet e P. Mota Pinto (trad.), orig. Berlim 1999, Coimbra 2003. Cit. *Direitos Fundamentais*.
- *Handelsrecht*, 24.ª ed., Munique 2006. Cit. *Handelsrecht*.
- CARNELUTTI, Francesco — *Il danno e il reato*, Pádua 1926. Cit. *Danno*.
- *Teoria generale del diritto*, Roma 1940. Cit. *Teoria*.
- CARRON, Benoît — «Art. 60» em *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt e Anton K. Schnyder (eds.), Basileia 2001, pp. 847-855. Cit. *Komm. Schw. VVG*.
- CARVALHO, Orlando de — *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra 1967. Cit. *Crítério*.
- CASAREGIS, Giuseppe Lorenzo Maria de — *Discursus legales de commercio*, Florença 1719. Cit. *Discursus*.
- CASTELLANO, Gaetano — «Assicurazione per conto altrui, contratto a favore di terzo e sostituzione» (1963) 9-1 Riv. Dir. Civ. 559-573. Cit. *Ass. Per Conto*.
- CHANDLER, Seth J. — «Visualising adverse selection: an economic approach to the law of insurance underwriting» (2001/2002) 8 Conn Ins LJ 435-503. Cit. *Adverse Selection*.

- CHAUFONT, Albert – *Les assurances. Leur passé, leur présent, leur avenir au point de vue rationnel, technique et pratique, moral, économique et social, financier et administratif, légal, législatif et contractuel, en France et à l'étranger*, I, Paris 1884. Cit. *Assurances*.
- CHESHIRE, Geoffrey C. (fund. D)/ FIFOOT, Cecil H. (fund. D)/ FURMSTON, Michael P. – *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 15.^a ed., Londres 2007. Cit. *Law of Contract*.
- CIAN, Giorgio (fund. D)/ TRABUCCHI, Alberto (fund. D) – *Commentario breve al Codice Civile*, 7.^a ed., Milão 2004. Cit. *Commentario CCit*.
- CLARKE, Malcolm – «The meaning of insurance: relativity in recent cases» (2000) 7 IJIL 3-15. Cit. *Meaning*.
– *Policies and perceptions of insurance law in the twenty-first century*, Oxford 2005. Cit. *Policies*.
- CLARKE, Malcolm A./ BURLING, Julian M./ PURVES, Robert L. – *The law of insurance contracts*, 5.^a ed., Londres 2006. Cit. *Insurance Contracts*.
- COELHO, Francisco Pereira – «Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico» em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, II, Coimbra 2006, pp. 423-457. Cit. *Causa*.
- COING, Helmut – «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"» em *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Main 1962, pp. 29-55. Cit. *Geschichte*.
– «Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre» (1968) 54 ARSP 69-88. Cit. *Bedeutung*.
- COLLAÇO, Isabel de Magalhães – «Da legitimidade no acto jurídico» (1949) 10 BML 20-112. Cit. *Legitimidade*.
- COLLINS, Hugh – *The law of contract*, 3.^a ed., Londres 1997. Cit. *Law of Contract*.
- CORBIN, Arthur L. – «Conditions in the law of contract» (1919) 18 YLJ 739-768. Cit. *Conditions*.
- CORBISIER, Isabelle – «À la recherche d'une "action directe" en droit allemand des obligations et des assurances» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 325-334. Cit. *Recherche*.
- CORDEIRO, António Menezes – *Da natureza do direito do locatário*, sep. ROA, Lisboa 1980. Cit. *Locatário*.
– *Direito das obrigações*, I, Lisboa 1980. Cit. *Obrigações I*.
– *Direito das obrigações*, II, Lisboa 1980. Cit. *Obrigações II*.
– *Da boa fé no direito civil*, Coimbra 1983. Cit. *Boa Fé*.
– «Da alteração de circunstâncias. A concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974», sep. *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa 1987. Cit. *Alteração de Circunstâncias*.
– *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.^a ed., Coimbra 2000. Cit. *Posse*.
– «A reforma do direito material dos seguros: o anteprojecto de 1999» (2001) 42 RFDUL 481-515. Cit. *Anteprojecto*.
– *Tratado de direito civil português*, I-I, 1.^a ed., Coimbra 1999, e 3.^a ed., Coimbra 2005 (cito a edição mais recente salvo indicação em contrário). Cit. *Tratado I-I*.

- *Tratado de direito civil português*, I-IV, Coimbra 2005. Cit. *Tratado I-IV*.
- *Manual de direito bancário*, 3.^a ed., Coimbra 2006. Cit. *Bancário*.
- *Manual de direito comercial*, I, 2.^a ed., Coimbra 2007. Cit. *Comercial*.
- CORREIA, Luís Brito — «Seguro. I — Aspectos jurídicos» em *Polis — Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*, V, 2.^a ed., Lisboa 2005, cc. 710-726. Cit. *Seguro*.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo — «Teoria da relação jurídica do seguro social» (1968) 7 (n.º 27) *Estudos Sociais e Corporativos* 10-344. Cit. *Seguro Social*.
- CORRODI, Paul — *Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem schweizerischen und dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz*, Zurich 1916. Cit. *VFR*.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida — *Direito das obrigações*, 11.^a ed., Coimbra 2008. Cit. *Obrigações*.
- COSTANZA, M. — *Il contratto atípico*, Milão 1981. Cit. *Contratto Atípico*.
- COUCH, George James (II)/ PLITT, Stephen/ ROGERS, Joshua D./ MALDONADO, Daniel/ RUSS, Lee R./ SEGALLA, Thomas F. — *Couch on insurance*, 3.^a ed., St. Paul MN 1995, atualizado a 7/2007. Cit. *Couch on Insurance*.
- COUDERT, Jean — *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy 1957. Cit. *Recherches*.
- COULBAULT, François/ ELIASBERG, Constant/ LATRASSE, Michel — *Les grands principes de l'assurance*, 4.^a ed., Paris 1999. Cit. *Grands Principes*.
- COURBAGE, Christophe/ LIEDTKE, Patrick M. — «On insurability and its limits» em *Insurance and September 11. One year after. Impact lessons and unresolved issues*, Patrick Liedtke e Christophe Courbage (eds.), Genebra 2002, pp. 227-234. Cit. *Insurability*.
- COUSY, Herman — «La fin de l'assurance? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières» em *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris 2002, pp. 111-128. Cit. *Fin*.
 - «Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances» em *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, B. Dubuisson, P.-H. Delvaux, H. de Rode, D. Philippe, G. Schamps e P. Wéry (eds.), Bruxelas 2003, pp. 681-702. Cit. *Précaution*.
- COZIAN, Maurice — *L'action directe*, Paris 1969. Cit. *Action Directe*.
- CRAWFORD, Earl T./ HARLAN, Samuel P. — *The law of group insurance*, Rochester NY 1936. Cit. *Group Insurance*.
- CRAWFORD, Muriel L. — *Life and health insurance law*, 8.^a ed., Atlanta GA 1998. Cit. *LHIL*.
- CRISTAS, Maria da Assunção Oliveira — *Transmissão contratual do direito de crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra 2005. Cit. *Transmissão*.
- CROLEY, Steven P./ HANSON, Jon D. — «The nonpecuniary costs of accidents: pain-and-suffering damages in tort law» (1995) 108 HLR 1785-1917. Cit. *Pain-and-Suffering*.
- CROME, Carl — *Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht: Nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge*, Friburgo em Breisgau 1897. Cit. *Partiarischen Rechtsgeschäfte*.

- DAELE, Wolfgang van den – *Probleme des gegenseitigen Vertrages. Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten*, Hamburgo 1968. Cit. *Äquivalenz*.
- DALCQ, Roger O. – «Les actions directes» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, 303-324. Cit. *Actions Directes*.
- DECHERT, Robert – «Assignments of life insurance policies» em *The beneficiary in life insurance, Huebner Foundation Lectures*, David McCahan (ed.), ed. revista, Homewood IL 1956, pp. 23-40. Cit. *Assignments*.
- DEMOGUE, René – *Traité des obligations*, VII. *Effets des obligations*, Paris 1933. Cit. *Obligations*.
- DENENBERG, Herbert S. – «The legal definition of insurance» (1963) 30 *Journal of Insurance* 319-348. Cit. *Legal Definition*.
- DENNING, Lord – *The discipline of law*, orig. Londres 1979, reimpr. Londres 1998. Cit. *Discipline*.
- DESCHENAUX, Henri – «La revision des contrats par le juge» (1942) 61 *ZSR* 509-636. Cit. *Revision*.
- DEUTSCH, Erwin – *Versicherungsvertragsrecht*, 5.^a ed., Karlsruhe 2005. Cit. *VVR*.
- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, I e II, Lisboa 2001. Cit. *Dicionário da Academia*.
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, I a III, Lisboa 2003. Cit. *Dicionário Houaiss*.
- DIERYCK, Christian – «L'intérêt d'assurance dans les polices au porteur et pour compte de qui il appartiendra» em *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, B. Dubuisson, P.-H. Delvaux, H. de Rode, D. Philippe, G. Schamps e P. Wéry (eds.), Bruxelas 2003, pp. 725-748. Cit. *Intérêt d'Assurance*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis – *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, I, 5.^a ed., Madrid 1996. Cit. *Fundamentos I*.
- *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 5.^a ed., Madrid 1996. Cit. *Fundamentos II*.
- DOMAR, Evsey D./ MUSGRAVE, Richard A. – «Proportional income taxation and risk-taking» (1944) 58 *Quarterly Journal of Economics* 388-422. Cit. *Income Taxation*.
- DONATI, Antigono – *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, Milão 1952. Cit. *Trattato I*.
- *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milão 1954. Cit. *Trattato II*.
- *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milão 1956. Cit. *Trattato III*.
- «Der Begriff des Versicherungsvertrages in der Entwicklung der italienischen Versicherungsrechtslehre» (1960) 49 *ZVersWiss* 289-302. Cit. *Begriff*.
- DONATI, Antigono (fund. D)/ VOLPE PUTZOLU, Giovanna – *Manuale di diritto delle assicurazioni*, orig. 1956, 5.^a ed., Milão 1999. Cit. *Manuale*.
- DÖRNER, Heinrich – *Dynamische Relativität. Der Übergang vertragliche Rechte und Pflichten*, Munique 1985. Cit. *Dynamische Relativität*.
- «Einleitung» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 6-33. Cit. *BK/Dörner*.
- DÖRSAM, Peter – *Grundlagen der Entscheidungstheorie*, 4.^a ed., Heidenau 2003. Cit. *Entscheidungstheorie*.

- DOUGLAS, Mary – *Risk acceptability according to the social sciences*, Nova Iorque NY 1985. Cit. *Risk*.
- DOUGLAS, Mary/ WILDAVSKY, Aaron – *Risk and culture. An essay on the selection of technological and environmental dangers*, Berkeley CA 1983. Cit. *Risk and Culture*.
- DREHER, Meinrad – *Die Versicherung als Rechtsprodukt. Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, Tubinga 1991. Cit. *Rechtsprodukt*.
- «Das deutsche versicherungsaufsichtsrechtliche Begünstigungsverbot und das europäische Versicherungsrecht» (1997) 48 VersR 1-9. Cit. *Begünstigungsverbot*.
- DREIER, J. – «Structures of Normative Theories» (1993) 76 The Monist 22-40, disponível em http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/faculty/dreier/papers/Structures_of_Normative_Theories.pdf. Cit. *Structures*.
- DREWS, Norbert – «Die Zustimmung des Versicherten in der Lebensversicherung» (1987) 38 VersR 634-642. Cit. *Zustimmung*.
- DUARTE, David – *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra 2006. Cit. *Norma*.
- DUARTE, Rui Pinto – *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra 2000. Cit. *Tipicidade*.
- «O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo» (2001) 4 Themis 173-194.. Cit. *Direito de Regresso*.
- «O jogo e o direito» (2001) 3 Themis 69-93. Cit. *Jogo*.
- DUBISCHAR, Roland – *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*, Tubinga 1961. Cit. *Zweiteilung*.
- DUBUISSON, Bernard – «Les contrats aléatoires» (2004) 123 JT 327-334. Cit. *Contrats Aléatoires*.
- DÜBY, Oscar – *Die rechtliche Natur der Kollektivversicherung mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung im schweizerischen VVG*, Berna 1930. Cit. *Kollektivversicherung*.
- DURANTON, Alexandre – *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code Civil*, II, Paris 1819. Cit. *Traité II*.
- DUTRY, G. – *Assurance-vie et successions*, 2.^a ed., Bruxelas 1957. Cit. *Sucessions*.
- DWORKIN, Ronald – *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge MA 2000. Cit. *Sovereign Virtue*.
- EBEL, Wilhelm – «Glücksvertrag und Versicherung. Zur Geschichte der rechtstheoretischen Erfassung des Versicherungsverhältnisses» (1962) 51 ZVersWiss 53-76. Cit. *Glücksvertrag*.
- ECKERT, Martin K./ KUHN, Moritz W. (eds.) – *Schweizerisches Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Zúrique 2006. Cit. *Schw. VVG*.
- EGGERS, P. S. G. MacDonald – «Insurance» em *Chitty on Contracts*, H.G. Beale (ed.), II, 29.^a ed., Londres 2004, pp. 1149-1229. Cit. *Chitty on Contracts*.
- EHRENBERG, Victor – «Die Versicherung für fremde Rechnung. Ein Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung» (1891) 30 Jherings Jahrbücher 422-482. Cit. *VFR*.

- *Versicherungsrecht*, I, Leipzig 1893. Cit. *VR I*.
- «Versicherungswert und Schadensersatz nach dem Handelsgesetzbuch und dem Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (Reichstagsvorlage)» (1906) 6 *ZVersWiss* 369-414. Cit. *Versicherungswert*.
- «Das "Interesse" im Versicherungsrecht» em *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Rudolph Sohm*, Munique 1915, pp. 1-70. Cit. *Interesse*.
- *Privatversicherungsrecht*, Berlim 1923. Cit. *PVR*.
- EHRENZWEIG, Albert – «Drei Grundprobleme des Versicherungsrechts (Versicherungsvertrag, Obliegenheit, Interesse). Eine kritische Untersuchung» (1931) 31 *ZVersWiss* 355-382. Cit. *Grundprobleme*.
- *Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, Viena 1952. Cit. *DÖVVR*.
- «Rechtsgrundsätze des Gruppenversicherungsvertrages» (1955) 6 *VersR* 196-199. Cit. *Gruppenversicherungsvertrag*.
- EICHLER, Hermann – «Versicherung als Geschäftsbesorgung» em *Festschrift für Hans Karl Nipperdey*, Rolf Dietz e Heinz Hübner (eds.), I, Munique 1965, pp. 237-255. Cit. *Geschäftsbesorgung*.
- «Vom Zivilrecht zum Versicherungsrecht» em *Grundprobleme des Versicherungsrechts. Festgabe für Hans Möller*, Reimer Schmidt e Karl Sieg (eds.), Karlsruhe 1972, pp. 177-200. Cit. *Zivilrecht*.
- *Versicherungsrecht*, 2.^a ed., Karlsruhe 1976. Cit. *VR*.
- EIRÓ, Pedro – *Do negócio usurário*, Coimbra 1990. Cit. *Negócio Usurário*.
- EISNER-KIEFER, Andrea – «Die Prämie – Grundsatz, Verzug und Teilbarkeit» em *Total Revision VVG. Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Anton K. Schnyder e Stephan Weber (eds.), Zurique 2006, pp. 71-84. Cit. *Prämie*.
- ELFRING, Claus Michael – *Drittwirkungen der Lebensversicherung. Eine systematische Darstellung der Zuwendungsproblematik beim Lebensversicherungsvertrag mit Bezugsberechtigung eines Dritten*, Karlsruhe 2003. Cit. *Drittwirkungen*.
- EMMERICH, Volker – «Vor §320» em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.^a ed, Munique 2007, pp. 1869-1877. Cit. *MK/Emmerich*.
- ENDEMANN, Friedrich – «Preizumsturz und Vertragsbindung» (1921) 50 *JW* 8-10. Cit. *Preizumsturz*.
- ENDEMANN, Wilhelm – «Das Wesen des Versicherungsgeschäftes» (1866) 9 *ZHR* 284-327 e 511-554. Cit. *Wesen*.
- ENGEL, Norbert – «§ 762» em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, §§ 741-764, Berlim 2002, pp. 337-356. Cit. *Staudinger/Engel*.
- ENGISCH, Karl – *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, örig. 1953, 2.^a ed., Heidelberg 1968. Cit. *Konkretisierung*.
- ENNECCERUS, Ludwig (II) / LEHMANN, Heinrich – *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus*, 15.^a ed., Tubinga 1958. Cit. *Enneccerus/Lehmann*.
- ERIKSON, Richard/ BARRY, Dean/ DOYLE, Aaron – «The moral hazards of neo-liberalism: lessons from the

- private insurance industry» (1999) 29 *Economy and Society* 532-558. Cit. *Moral Hazards*.
- ESSER, Josef – *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2.^a ed., Karlsruhe 1960. Cit. *Schuldrecht*.
- ESSER, Josef/ SCHMIDT, Eike – *Schuldrecht*, I, 1.^a parte, 8.^a ed., Heidelberg 1995. Cit. *Schuldrecht I-I*.
- *Schuldrecht*, I, 2.^a parte, 8.^a ed., Heidelberg 2000. Cit. *Schuldrecht I-II*.
- ESSER, Josef/ WEYERS, Hans-Leo – *Schuldrecht*, II, 1.^a parte, 8.^a ed., Heidelberg 1998. Cit. *Schuldrecht II-I*.
- EUCKEN, Walter – *Die Grundlagen der nationalökonomie*, orig. 1939, 8.^a ed., Berlim 1965. Cit. *Grundlagen*.
- EWALD, François – *L'état providence*, Paris 1986. Cit. *L'État Providence*.
- «Insurance and risk» em *The Foucault effect: studies in governmentality*, G Burchell, C Gordon e P Miller (eds.), Chicago 1991, pp. 197-210. Cit. *Insurance and Risk*.
- «Génétique et assurance» 1999 RGDA 539-555. Cit. *Génétique*.
- «Risk in contemporary society» (trad. J.-M. Dautrey e C. F. Stifler) (1999/2000) 6 *Conn Ins LJ* 365-379. Cit. *Risk*.
- FAGNART, Jean-Luc – «La condition et l'aléa ou les deux faces de l'incertitude» em *Mélanges Philippe Gérard*, Jean-Jacques Stryckmans, Henri-Paul Lemaître, Michel Mahieu e Dirk Van Gerven (eds.), Bruxelas 2002, pp. 15-39. Cit. *Condition et Aléa*.
- FAHR, Ulrich/ KAULBACH, Detlef – *Versicherungsaufsichtsgesetz: Kommentar*, 4.^a ed., Munique 2007. Cit. *VAG*.
- FANELLI, Giuseppe – *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma 1945. Cit. *Infortuni*.
- *Le assicurazioni*, I, Milão 1973. Cit. *Assicurazioni*.
- FARIA, Carlos Alberto Bettencourt de – «O conceito e a natureza jurídica do contrato de seguro» (1978) 3 *CJ* 785-799. Cit. *Conceito*.
- FARIA, Jorge Ribeiro de – *Direito das obrigações*, I, Coimbra 1987. Cit. *Obrigações I*.
- «A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos arts.801.º e 802.º do Código Civil» (1994) 8 *Direito e Justiça* 57-89. Cit. *Natureza*.
- FARNY, Dieter – *Produktions- und Kostentheorie der Versicherung*, Karlsruhe 1965. Cit. *Kostentheorie*.
- «Theorie der Versicherung. B. Fortentwicklung der Theorie der Versicherung» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 867-871. Cit. *Fortentwicklung*.
- FARSACI, Benedetto – «Le teoriche sul contratto di assicurazione» (2007) 74 *Assicurazioni* 57-91. Cit. *Teoriche*.
- FERNANDES, Luís Carvalho – *Lições de direito das sucessões*, 2.^a ed., Lisboa 2001. Cit. *Sucessões*.
- *Teoria geral do direito civil*, II, 3.^a ed., Lisboa 2001. Cit. *Teoria II*.
- FERRANTI, Ione – *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milão 2005. Cit. *Causa e Tipo*.
- FERRARINI, Sergio – *L'interesse nell'assicurazione*, Pisa 1935. Cit. *Interesse*.
- FERREIRA, Amadeu – «Operações de futuros e opções» em *Direito dos valores mobiliários*, Lisboa 1997, pp.

121-188. Cit. *Futuros e Opções*.

FERRI, Giovanni B. – *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milão 1966. Cit. *Causa e Tipo*.

FERRI, Giuseppe – «L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti» (1952) 19-I *Assicurazioni* 375-384. Cit. *Ass. per Conto*.

FIKENTSCHER, Wolfgang – *Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung*, III, Tubinga 1976. Cit. *Methoden*.
– *Schuldrecht*, 10.^a ed., Berlim 2006. Cit. *Schuldrecht*.

FISCHER, Walter – *Die Versicherung für fremde Rechnung in der Schadensversicherung*, Leipzig 1913. Cit. *VFR*.

FISCHER, Hans Albrecht – *Los daños civiles y su reparación*, orig. 1903 (*Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*), trad. W. Roces, Madrid 1928. Cit. *Daños*.

FISCHHOFF, Baruch – «Risk: a guide to controversy» em *Improving risk communication*, Committee on Risk Perception and Communication of the National Research Council (ed.), Washington DC 1989, pp. 211-319. Cit. *Risk*.

FISCHHOFF, Baruch/ WATSON, Stephen R./ HOPE, Chris – «Defining risk» em *Readings in risk*, Glickman, Theodore S./ Gough, Michael (eds.), Washington DC 1990, pp. 30-42. Cit. *Defining Risk*.

FISHKIN, Charles A. – *The shape of risk: a new look at risk management*, Houndsmills 2006. Cit. *Shape*.

FLATTET, Guy – *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris 1950. Cit. *CCA*.

FLEMING, John G. – «The collateral source rule and loss allocation in tort law» (1966) 54 Calif L Rev 1478-1549. Cit. *Collateral*.

FLUME, Werner – «Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnissen» (1999) 199 AcP 1-37. Cit. *Bereicherungsausgleich*.

FONSECA, Tiago Soares da – *Do contrato de opção – esboço de uma teoria geral*, Lisboa 2001. Cit. *Contrato de Opção*.

FONTAINE, Marcel – «La réforme de l'assurance contre les accidents de travail en Belgique et la distinction entre assurances de choses et assurances de personnes» em *Études offertes à Monsieur le Professeur André Besson*, Bedour, Bigot, Deschamps, Favre, Gaudet e Perrot (eds.), Paris 1976, pp. 145-155. Cit. *Reforme*.

– «Les effets "internes" et les effets "externes" des contrats» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 40-66. Cit. *Effets*.

– «Synthèse des travaux» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 430-442. Cit. *Synthèse*.

– «Des contracts d'assurance souscrits par d'autres opérateurs que des entreprises d'assurance» em *Essays on tort, insurance, law and society in honour of Bill W. Dufwa*, H. Tiberghien, M. Clarke, A. Beskow, M. Carlsson, R.-M. Lundström, T. Utterström e S. Arvmyren (eds.), I, Estocolmo 2006, pp. 457-465. Cit. *Autres Opérateurs*.

– *Droit des assurances*, 3.^a ed., Bruxelas 2006. Cit. *Assurances*.

FONTAINE, Marcel/ GHÉSTIN, Jacques (eds.) – *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*,

Paris 1992. *Cit.*

FORSTER, H. Walter – «Experience with group insurance» em *Group insurance – contractual liability*, Nova Iorque NY 1938, pp. 3-14. *Cit. Group Insurance.*

FOUSE, L. G. – «Policy Contracts» em *Yale Readings in Insurance. Life Insurance*, Lester W. Zartman (ed.), orig. New Haven 1909, New Haven 2003, pp. 250-276. *Cit. Policy Contracts.*

FRADA, Manuel Carneiro da – *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra 1994. *Cit. Deveres de Proteção.*

– *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra 2004. *Cit. Confiança.*

FRANZ, Einiko B. – «Das Versicherungsvertragsrecht im neuen Gewand – Die Neuregelungen und ausgewählte Probleme» (2008) 59 VersR 298-312. *Cit. Neuregelungen.*

FRANZONI, Massimo – «Il contratto e i terzi» em *I contratti in generale*, Enrico Gabrielli (ed.), 2.^a ed., Turim 2006, pp. 1183-1264. *Cit. Terzi.*

FRIED, Charles – «Two concepts of interest: some reflections on the Supreme Court's balancing test» (1963) 76 HLRev 755-778. *Cit. Two Concepts.*

FRIEDMANN, Daniel – «The transformation of "good faith" in insurance law» em *Good faith in contract. Concept and context*, Roger Brownsword, Norma J. Hird e Geraint Howells (eds.), Aldershot 1999, pp. 311-326. *Cit. Good Faith.*

FRIESECKE, Johannes – «Einführung vor §320» em *Bürgerliches Gesetzbuch*, Otto Palandt (ed.), 2.^a ed., Munique 1939, pp. 318-321. *Cit. Palandt/Friesecke.*

FUHRER, Stephan – «Art. 31» em *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt e Anton K. Schnyder (eds.), Basileia 2001, pp. 445-448. *Cit. Komm. Schw. VVG.*

FÜRSTENWERTH, Frank v./ WEISS, Alfons – *Versicherungsalphabet. Begriffserläuterungen der Versicherung aus Theorie und Praxis*, 10.^a ed., Karlsruhe 2001. *Cit. VA.*

GAMBINO, Agostino – *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milão 1964. *Cit. Contratti Aleatori.*

GARDNER, John – «Obligations and outcomes in the law of torts» em *Relating to responsibility: essays for Tony Honoré*, Peter Cane e John Gardner (eds.), Oxford 2001, pp. 111-143, disponível em <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2001/readings/readingsgardner/obligations.pdf>. *Cit. Obligations.*

– «General Editor's Preface» em J. Steele, *Risks and legal theory*, Oxford 2004. *Cit. Preface.*

GARRIGUES, Joaquín – *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid 1983. *Cit. Contrato de Seguro.*

GÄRTNER, Rudolf – «Die Entwicklung der Lehre vom versicherungsrechtlichen Interesse von den Anfängen bis zum Ende des 19. Jahrhunderts» (1963) 52 ZWersWiss 337-375. *Cit. Entwicklung.*

– *Das Bereicherungsverbot. Eine Grundfrage des Versicherungsrechts*, Berlin 1970. *Cit. Bereicherungsverbot.*

GASPERONI, Nicola – «Contratto di assicurazione (in generale)» em *Novissimo Digesto Italiano*, Antonio Azara e Ernesto Euga (eds.), IV, Turim 1957, pp. 563-609. *Cit. Contratto di Assicurazione.*

– «Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore di terzo» em *Assicurazione private*

(*scritti giuridici*), orig. 1955, Pádua 1972, pp. 809-825. Cit. *Oneri*.

— «Assicurazione (in generale)» em *Assicurazione private (scritti giuridici)*, orig. 1937, Pádua 1972, pp. 5-103. Cit. *Assicurazione*.

— «Assicurazione sulla vita» em *Assicurazione private (scritti giuridici)*, orig. 1952, Pádua 1972, pp. 737-777. Cit. *Ass. Vita*.

— «La natura giuridica del riscatto nell'assicurazione sulla vita» em *Assicurazione private (scritti giuridici)*, orig. 1941, Pádua 1972, pp. 867-896. Cit. *Riscatto I*.

— «Natura e perfezione del riscatto nell'assicurazione sulla vita» em *Assicurazione private (scritti giuridici)*, orig. 1955, Pádua 1972, pp. 899-904. Cit. *Riscatto II*.

GERBER, Carl Friedrich Wilhelm v. — *System des deutschen Privatrechts*, orig. 1848, 14.^a ed., Jena 1882. Cit. *System*.

GERNHUBER, Joachim — «Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte» em *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tubinga 1958, pp. 249-274. Cit. *Drittwirkungen*.

— «Synallagma und Zession» em *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Fritz Baur, Josef Esser, Friedrich Kübler e Ernst Steindorff (eds.), Tubinga 1974, pp. 57-98. Cit. *Zession*.

— *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*, Tubinga 1989. Cit. *Schuldverhältnis*.

GHÉSTIN, Jacques — «Introduction» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 4-39. Cit. *Introduction*.

— «La distinction entre les parties et les tiers au contrat» (1992) 66 JCP (n.º 3628) 517-523. Cit. *Distinction*.

— *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3.^a ed., Paris 1993. Cit. *Formation*.

— «Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers» (1994) RTDCiv 777-800. Cit. *Nouvelles*.

GHÉSTIN, Jacques/ BILLIAU, Marc/ JAMIN, Christophe — «La stipulation pour autrui (rapport français)» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 380-407. Cit. *SPA*.

GHÉSTIN, Jacques/ JAMIN, Christophe/ BILLIAU, Marc — *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3.^a ed., Paris 2001. Cit. *Effets*.

GIDDENS, Anthony — «Risk and responsibility» (1999) 62-1 MLR 1-10. Cit. *Risk and Responsibility*.

GIERKE, Julius v. — *Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung*, I, Estugarda 1937. Cit. *VR I*.

— *Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung*, II, Estugarda 1937. Cit. *VR II*.

GIERKE, Otto v. — *Deutsches Privatrecht*, III, Leipzig 1917. Cit. *DP III*.

GIRGADO Perandones, Pablo — «La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio en el contrato de seguro» (2004) 251 RDM 139-198. Cit. *Evolución Histórica*.

- *El principio indemnizatorio en los seguros de daños*, Granada 2005. Cit. *Principio Indemnizatorio*.
- GLÄTTLI, Heinrich — *Die Versicherung auf fremdes Leben unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenversicherung*, Berna 1947. Cit. *Vers. Fremde Leben*.
- GLITZA, Eva — *Die Versicherung für Rechnung » wen es angeht « und entsprechende Rechtinstitute im englischen, französischen und italienischen Recht*, Hamburgo 1964. Cit. *VRWEA*.
- GOBBI, Ulisse — «Die Theorie der Versicherung begründet auf den Begriff der eventuellen Bedürfnisse» (1896) 2 ZVW 465-476; e (1897) 3 ZVW 246-262. Cit. *Theorie*.
- *L'assicurazione in generale*, Milão 1898. Cit. *Assicurazione*.
- GOLLIER, Christian — «La valeur ajoutée du transfert des risques» em *Encyclopédie de l'assurance*, François Ewald e Jean-Hervé Lorenzi (eds.), Paris 1998, pp. 457-470. Cit. *Valeur*.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira — *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto 1998. Cit. *ESC*.
- «O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual» em *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, António Moreira e M. Costa Martins (coord.), Coimbra 2001, pp. 73-113. Cit. *Dever de Informação*.
- «Sobre o dano de perda de chance» (2005) XIX-II Direito e Justiça 9-47. Cit. *Perda de Chance*.
- GOMES, Júlio/ SOUSA, A. Frada de — «Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos» em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa 2002, pp. 861-932. Cit. *Acordos de Honra I*.
- «Uma análise de jurisprudência comparada sobre acordos de honra e prestações de cortesia» em *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Coimbra 2002, pp. 145-189. Cit. *Acordos de Honra II*.
- GOMES, Manuel Januário da Costa — *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra 1989. Cit. *Mandato*.
- *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra 2000. Cit. *Assunção*.
- GONÇALVES, Luís da Cunha — *Comentário ao Código Comercial*, II, Lisboa 1922. Cit. *Comentário CCom II*.
- *Comentário ao Código Comercial*, III, Lisboa 1922. Cit. *Comentário CCom III*.
- *Tratado de direito civil*, XIII, Coimbra 1939. Cit. *Tratado XIII*.
- GORDLEY, Jeffrey — *Foundations of private law*, Oxford 2006. Cit. *Foundations*.
- GORETZKY, Kai-Michael — *Die Leistungspflicht des Versicherers nach §158 c VVG. Eine Studie zum Leitbild des Geschädigtenschutzes nach der Dritten Schadenrichtlinie unter Berücksichtigung englischen Haftpflichtversicherungsrechts*, Karlsruhe 1998. Cit. *Leistungspflicht*.
- GORLA, Gino — «Contratto a favore di terzi e nudo patto» (1959) 5-1 Riv. Dir. Civ. 585-603. Cit. *Cf Terzo*.
- GORSKI, W. — «Les problèmes juridiques du rapport d'assurance en Pologne» em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 303-321. Cit. *Problèmes*.

- GRIESHABER, Adolf – *Das Synallagma des Versicherungsvertrages*, Manheim 1914. Cit. *Synallagma*.
- GRISEBACH, Leonhard – *Versicherungs zugunsten Dritter*, Hamburgo 1924. Cit. *Vers.zD*.
- GRUA, François – «Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs» (1983) RTDCiv 263-287. Cit. *Effets*.
- GRÜNEBERG, Christian – «Einführung vor §320» em *Bürgerliches Gesetzbuch*, Otto Palandt (fund. D), 67.^a ed., Munique 2008, pp. 514-515. Cit. *Palandt/Grüneberg*.
- GSCHNITZER, Franz (fund. D)/ FAISTENBERGER, Christoph/ BARTA, Heinz/ ECCHER, Bernhard – *Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadensersatz*, 2.^a ed., Viena 1988. Cit. *Schuldrecht BT*.
- GSELL, Beate – «Vor § 320» em *Soergels Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V-2, 13.^a ed., Estugarda 2005, pp. 1-19. Cit. *Soergel/Gsell*.
- GUARENI, A. – «Meritevolezza dell'interesse» em *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XI, Turim 2004, pp. 324-332. Cit. *Meritevolezza*.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine – «De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif» (1994) RTDCiv 275-285. Cit. *Élargissement*.
- GUITTON, Jean/ BOGDANOV, Grichka/ BOGDANOV, Igor (eds.) – *Gott und die Wissenschaft. Auf dem Weg zum Metarealismus*, orig. Paris 1991, trad. do francês Eva Moldenhauer, 2.^a ed., Munique 1993. Cit. *Gott und die Wissenschaft*.
- H., JR., A. S. – «Group insurance: some legal problems» (1940) 26 Va L Rev 487-494. Cit. *Group Insurance*.
- HACKING, Ian – *The emergence of probability: a philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference*, London 1975. Cit. *Emergence of Probability*.
- *The taming of chance*, Cambridge 1990. Cit. *Taming of Chance*.
- HADDING, Walther – *Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter*, Tubinga 1970. Cit. *Bereicherungsausgleich*.
- «Zur Auslegung des §335 BGB» (1971) 171 AcP 403-421. Cit. *Auslegung*.
- «Schuldverhältnis und Synallagma beim Vertrag zu Rechten Dritter» em *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr e Harm Peter Westermann (eds.), Tubinga 1993, pp. 153-168. Cit. *Schuldverhältnis*.
- HAGEN, Otto – «Gruppenversicherung» em *Versicherungslexikon*, Alfred Manes (ed.), 3.^a ed., Berlim 1930, pp. 701-702. Cit. *Gruppenversicherung*.
- «Der Ablauf des Versicherungsvertrages (II): Die Annahme des Antrages (mit Anhang: Erscheinungsformen des Versicherungsvertrages)» em *Deutsche Versicherungswirtschaft. Ein Unterrichts- und Nachschlagewerk*, Rudolf Lencer e Paul Riebesell (eds.), III, Berlim 1936-1939, pp. 51-67. Cit. *Annahme*.
- HAGER, Günther – «Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung» (1980) 180 AcP 239-262. Cit. *Mittelbaren Stellvertretung*.
- HALPERIN, Isaac – «Efectos de la noción de empresa de seguros sobre el contrato» em *Grundprobleme des*

Versicherungsrechts. Festgabe für Hans Möller, Reimer Schmidt e Karl Sieg (eds.), Karlsruhe 1972, pp. 253-259. Cit. *Efectos*.

HALPERIN, Isaac (fund. D) / MORANDI, Juan Carlos Félix – *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, I, Buenos Aires 1983. Cit. *Seguros I*.

– *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, II, Buenos Aires 1983. Cit. *Seguros II*.

HANSSON, Sven Ove – «Risk» em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2007 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2007/entries/risk/>>. Cit. *Risk*.

HARDER, Manfred – *Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall*, Berlim 1968. Cit. *Zuwendungen*.

HARNETT, B./ THORNTON, J. – «Insurable interest in property: a socio-economic re-evaluation of legal concept» (1948) 48 CLRev 1162-1188. Cit. *Re-Evaluation*.

HART, Herbert L. A. – «Bentham on legal rights» em *Oxford essays in jurisprudence (second series)*, A. W. B. Simpson (ed.), Oxford 1973, pp. 171-201. Cit. *Legal Rights*.

– «Utilitarianism and natural rights» em *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford 1983, pp. 181-197. Cit. *Utilitarianism*.

HARTWIG, Stefanie/ MÖHRLE, Tobias – «Der Versicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Treuhandcharakter auf dienstvertraglicher Grundlage?» (2001) 52 VersR 35-38. Cit. *Geschäftsbesorgungsvertrag*.

HASENBÖHLER, Franz – «Art. 18» em *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt e Anton K. Schnyder (eds.), Basilea 2001, pp. 289-305. Cit. *Komm. Schw. VVG*.

HASSE, Bodo – «Zur Gemischten Lebensversicherung zugunsten Dritter» (2005) 25 VersR 1176-1191. Cit. *Gemischten Lebensversicherung*.

HASSOLD, Gerhard – *Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis – Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell*, Munique 1981. Cit. *Leistung*.

HAVENGA, Peter – «Trading in second-hand insurance policies» em *Festschrift Dufwa*, I, pp. 521-537. Cit. *Second-Hand Policies*.

HAX, Karl – «Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung» em *Versicherungsenzyklopädie*, Walter Große, Heinz Leo Müller-Lutz, Reimer Schmidt (eds.), I, Wiesbaden, 1976, Studienplan B I 1, pp. 1-57. Cit. *Wesen*.

HAYMANN, Franz – *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlim 1933. Cit. *Gegenleistung*.

– *Beiträge zur Versicherung für fremde Rechnung, insbesondere die ausschließliche Machtbefugnis des Versicherungsnehmers zur Wahrnehmung der Rechte des Versicherten nach den AVB der Kraftfahrzeug- und Unfallversicherung*, Viena 1937, também publicado em (1937/38) 8 VersArch 119-138; 193-213; 265-289. Cit. *VFR*.

HEAD, George L./ ELLIOT, Michael W./ BLINN, James D. – *Essentials of risk financing*, I, 2.^a ed., Malvern 1993. Cit. *Essentials*.

- HECK, Phillip – *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga 1929. Cit. *Grundriss*.
- *Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses*, orig. 1932, trad. J. Osório, Coimbra 1947. Cit. *Interpretação*.
- HEDGES, M. H. – «Labor's interest in group insurance» (1935) 2 *Law and Contemporary Problems* 94-98. Cit. *Group Insurance*.
- HEFERMEHL, Wolfgang – «§ 383» em *Schlegelberger's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, VI, 5.^a ed., Munique 1977, pp. 1-47. Cit. *Schlegelberger/Hefermehl*.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – *Wissenschaft der Logik*, II, orig. 1816, Hamburgo 1999. Cit. *Logik*.
- HEILMANN, Hans – «Die Gruppenlebensversicherung und der §159 VVG» (1941) 108 *ZHK* 97-120. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- «Der Vertrag zugunsten Dritter – ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft» (1968) 21 *NJW* 1853-1857. Cit. *Vz Dritter*.
- HEILMANN, Wolf-Rüdiger/ KARTEN, Walter – «Risikopolitik des Versicherungsunternehmens» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Farny, Dieter/ Helten, Elmar/ Koch, Peter/ Schmidt, Reimer (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 659-665. Cit. *Risikopolitik*.
- HEINRICHS, Helmut – «Einleitung vor §241» em *Bürgerliches Gesetzbuch*, Otto Palandt (fund. □), 67.^a ed., Munique 2008, pp. 236-239. Cit. *Palandt/Heinrichs*.
- HEINRICHS, Helmut/ ELLENBERGER, Jürgen – «Überblick vor §104» em *Bürgerliches Gesetzbuch*, Otto Palandt (fund. □), 67.^a ed., Munique 2008, pp. 72-76. Cit. *Palandt/Heinrichs/Ellenberger*.
- HELLWIG, Konrad – *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig 1899. Cit. *Leistung an Dritte*.
- HELPENSTEIN, Franz – «Theorie der Versicherung: Privat- und Sozialversicherung. Ein Beitrag zur Theorie des Bedürfnisses und der Versicherung» (1930/31) 1 *VersArch* (Heft 5) 1-34. Cit. *Theorie*.
- HÉMARD, Joseph – *Théorie et pratique des assurances terrestres*, I, Paris 1924. Cit. *Assurances Terrestres I*.
- *Théorie et pratique des assurances terrestres*, II, Paris 1925. Cit. *Assurances Terrestres II*.
- HENKE, Horst-Eberhard – *Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?*, Berlin 1989. Cit. *Relativität*.
- HENLEY, Christopher – «Insurance» em *Privity of contract*, Robert Merkin (ed.), London 2000, pp. 213-246. Cit. *Insurance*.
- HENSSLER, Martin – *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tubinga 1994. Cit. *Risiko*.
- HODGIN, R. W. – «Problems in defining insurance contracts» [1980] *LMCLQ* 14-20. Cit. *Problems*.
- HODGSON, Godfrey – *Lloyd's of London. A reputation at risk*, Harmondsworth 1986. Cit. *Lloyd's of London*.
- HOFFMANN, Karl-Heinz – «Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen. Eine Erbeinsetzung im Valutaverhältnis» (1959/60) 158 *AcP* 178-222. Cit. *Vz Dritter*.
- HOFMANN, Edgar – *Privatversicherungsrecht*, 4.^a ed., Munique 1998. Cit. *PVR*.
- HOHFELD, Wesley Newcomb – *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, orig. New

- Haven 1913 e 1917, trad. M. Lima Rego, Lisboa 2008. Cit. *Conceitos*.
- HOHLBEIN, Bernd – «Neue Risiken in Deckung und Haftung. Haftpflicht-Underwriting von neuen Herausforderungen» (2007) 62 VW 98-104. Cit. *Neue Risiken*.
- HOLMES, Oliver Wendell – «The Path of the Law» (1897) 10 HLRev 457-478. Cit. *Path of Law*.
- HOLTON, Glyn A. – «Defining risk» (2004) 60-6 Financial Analysts Journal 19-25. Cit. *Defining Risk*.
- HONORÉ, Tony – «Responsibility and luck» (1988) 104 LQR 530-553. Também em *Responsibility and fault*, Oxford 1999, pp. 14-40 (é este último que cito). Cit. *Luck*.
- «The morality of tort law: questions and answers» em *Philosophical foundations of tort law*, David G. Owen (ed.), Oxford 1995, 73-95. Também em *Responsibility and fault*, Oxford 1999, pp. 67-93 (é este último que cito). Cit. *Morality*.
- «Appreciations and responses» em *Relating to responsibility: essays for Tony Honoré*, Peter Cane e John Gardner (eds.), Oxford 2001, pp. 219-239. Cit. *Appreciations*.
- HONSELL, Heinrich – «Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht» (1973) 13 JuS 69-75. Cit. *Herkunft*.
- HORN, Norbert – «Vorbemerkungen zu §§ 765-778» em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, §§ 765-778, Berlim 1997, pp. 1-183. Cit. *Staudinger/Horn*.
- HÔTE, Damien l' – *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne: de l'action en nom propre por le compte d'autrui*, Nancy 2002. Cit. *Interposition de Personne*.
- HUBBART, Elizabeth O. – «When worlds collide: the intersection of insurance and motion pictures» (1997) 3 Conn Ins LJ 267-304. Cit. *Insurance and Motion Pictures*.
- HUBRICH, Paul – *Die hauptsächlichen Formen der Gruppenlebensversicherung und das Verbot der Begünstigungsverträge*, Conisberga 1928. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- HÜBSCH, Michael – «§74» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 1260-1273. Cit. *BK/Hübsch*.
- «§75» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 1274-1284. Cit. *BK/Hübsch*.
- «§77» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 1293-1298. Cit. *BK/Hübsch*.
- HUECK, Alfred – «Normenverträge» (1923) 73 Jherings Jahrbücher 33-118. Cit. *Normenverträge*.
- HÜLSSE, Friedrich – «Zur Lehre von der Versicherung zu Gunsten eines Dritten. Ein Beitrag zum Versicherungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs» (1899) 5 ZVW 237-260 e 433-472. Cit. *Vers.zD*.
- HÜLSMANN, Christoph – «Fremdlebensversicherung: Interesse des VN am Nichteintritt des Versicherungsfalls als Wirksamkeitserfordernis?» (1995) 46 VersR 501-505. Cit. *Wirksamkeitserfordernis*.
- HUNGERBÜHLER, Adrian – *Die Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Francoforte no

- Meno 1972. Cit. *Aequivalenz*.
- HUME, David – *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*, orig. 1748, 2.^a ed., Oxford 1902. Cit. *Enquiries*.
- HUPKA, Joseph – «Der Begriff des Versicherungsvertrags» (1910) 66 ZHR 546-588. Cit. *Begriff*.
- HYLAND, Richard – «Pacta sunt servanda. Una reflexión» em *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, C. Petit (ed.), Madrid 1997, pp. 359-381. Cit. *Pacta*.
- IMSENG, Raoul – *Die Rechtsstellung des Versicherten in der Versicherung für fremde Rechnung*, Berna 1964. Cit. *Rechtsstellung*.
- INNAMI, Hirokichi – «Das Äquivalenzprinzip in der Versicherungswirtschaft» (1966) 55 ZVersWiss 17-30. Cit. *Äquivalenzprinzip*.
- «Philosophische Untersuchungen über die Zufälligkeit» em *Grundprobleme des Versicherungsrechts. Festgabe für Hans Möller*, Schmidt, Reimer/ Sieg, Karl (eds.), Karlsruhe 1972, pp. 301-309. Cit. *Zufälligkeit*.
- ISELIN, Harold N. – «Life insurance purchase invalid: owner had no insurable interest» (2006) 235/94 New York Law Journal 4, disponível em <http://www.gtlaw.com/pub/articles/2006/iselinh06a.pdf>. Cit. *Insurable Interest*.
- JABORNEGG, Linz – «Wesen und Begriff der Versicherung im Privatversicherungsrecht» em *Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts. Festschrift Gebrard Frotz zum 65. Geburtstag*, Michael Enzinger, Hanns F. Hügel e Walter Dillenz (eds.), Viena 1993, pp. 551-578. Cit. *Wesen*.
- JADOUL, Pierre – «La stipulation pour autrui (rapport belge)» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 408-429. Cit. *SPA*.
- JAEGER, C./ RENN, O./ ROSA, E.A./ WEBLER, T. – *Risk, uncertainty and rational action*, London 2001. Cit. *RURA*.
- JAKOBS, Horst Heinrich/ SCHUBERT, Werner – *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse I (§§ 241 bis 432)*, Berlim 1978. Cit. *Beratung BGB*.
- JAMIN, Christophe – *La notion d'action directe*, Paris 1991. Cit. *Action Directe*.
- «Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: l'action directe en droit français» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 263-302. Cit. *Brèves Réflexions*.
- JARDIM, Mónica – *A garantia autónoma*, Coimbra 2002. Cit. *Garantia Autónoma*.
- JERRY II, Robert H./ RICHMOND, Douglas R. – *Understanding insurance law*, 4.^a ed., Danvers 2007. Cit. *Understanding*.
- JHERING, Rudolph v. – *Der Zweck im Recht*, I, orig. 1877, 6.^a a 8.^a ed., Leipzig 1923. Cit. *Zweck I*.
- *Der Zweck im Recht*, II, orig. 1883, 6.^a a 8.^a ed., Leipzig 1923. Cit. *Zweck II*.
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III-1, orig. 1863, 6.^a e 7.^a ed., Leipzig 1924. Cit. *Geist*.

- JOHANNSEN, Ralf – «Versicherungsvertragsrecht, Dritte Personen» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 1171-1181. Cit. *Dritte Personen*.
- JORGE, Fernando Pessoa – *O mandato sem representação*, Coimbra 1961. Cit. *Mandato*.
 – *Lições de direito das obrigações*, Lisboa 1966-67. Cit. *Obrigações*.
- JOSSERAND, Louis – *Cours de droit civil positif français*, II, 3.^a ed., Paris 1939. Cit. *Droit Civil*.
- JÚNIOR, Eduardo Santos – *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra 2003. Cit. *Responsabilidade*.
- KANAYAMA, Naoki – «De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir". Donner, faire, ne pas faire... et garantir?» em *Mélanges Christian Mouly*, Paul-Henri Antonmattei, Jacques Garelo, Christian Atias e Marie-Anne Frison-Roche (eds.), Paris 1998, II, pp. 375-399. Cit. *Garantir*.
- KANT, Immanuel – *Die Metaphysik der Sitten*, orig. 1797, 11.^a ed., Francoforte no Meno 1997 (Trad. A. Mourão, Lisboa 2004; Trad. J. Lamago, Lisboa 2005). Cit. *Metaphysik*.
- KARTEN, Walter – «Zum Problem der Versicherbarkeit und zur Risikopolitik des Versicherungsunternehmens. Betriebswirtschaftliche Aspekte» (1972) 61 ZVersWiss 279-299. Cit. *Problem*.
 – «Die Unsicherheit des Risikobegriffes – Zur Terminologie der Versicherungsbetriebslehre», orig. 1972, em *Versicherungsbetriebslehre. Kernfragen aus entscheidungsorientierter Sicht*, Karlsruhe 2000, pp. 3-28. Cit. *Unsicherheit*.
- CAST, Robert/ LAPIED, André – *Economics and finance of risk and of the future*, Chichester 2006. Cit. *Future*.
- KElsen, Hans – *Teoria pura do direito*, 2.^a ed., Viena 1960, orig. 1934, trad. J. Baptista Machado e rev. L. Duarte d'Almeida, 7.^a ed., Coimbra 2008. Cit. *Teoria Pura*.
- KENNEDY, Duncan – «From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and form'» (2000) 100 CLRev 94-175. Cit. *Will Theory*.
- KEYNES, John Maynard – *A treatise on probability*, London 1921. Cit. *Treatise*.
- KIMBALL, Spencer L. – *Insurance and public policy*, Madison WI 1960. Cit. *Public Policy*.
 – «Reflections on the meaning of "insurance"» (1995) 2 IJIL 226-234. Cit. *Reflections*.
- KIMBALL, Spencer L./DAVIS, Don A. – «The extension of insurance subrogation» (1962) 60 Mich L Rev 841-872. Cit. *Subrogation*.
- KISCH, Wilhelm – *Handbuch des Privatversicherungsrechts*, II, Munique 1920. Cit. *Handbuch II*.
 – *Handbuch des Privatversicherungsrechts*, III, Munique 1921. Cit. *Handbuch III*.
 – «Die Ethik im Versicherungswesen» (1938) 35 ZVersWiss 277-291. Cit. *Ethik*.
- KLINGMÜLLER, Ernst – «Neue Probleme um die Rückdeckungsversicherung» (1971) 22 VersR 390-393. Cit. *Neue Probleme*.
- KNIGHT, Frank H. – *Risk, uncertainty and profit*, orig. Boston 1921, Chicago 1971. Cit. *RUP*.

- KOCH, Peter – «Theorie der Versicherung. A. Anfänge der teoretischen Beschäftigung mit der Versicherung» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 861-865. Cit. *Theorie der Versicherung*.
- KOCH, Richard – *Das Synallagma des Versicherungsvertrages*, Zurich 1957. Cit. *Synallagma*.
- KOCH, Robert – «Die Rechtsstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D&O-Versicherung» (2004) 95 *GmbH Rundschau* 18-28; 160-170; 288-298. Cit. *D&O-Versicherung*.
- KOENIG, Willy – *Gegenstand der Versicherung. Eine Systematische Begründung des Versicherungsrechtes ohne den Interessebegriff*, Berna 1931. Cit. *Gegenstand*.
- *Versicherungsrecht*, Berna 1938. Cit. *VR*.
- «Die Anspruchsberechtigung in der Versicherung für fremde Rechnung» em *Ausblick und Rückblick, Erich R. Prölss zum 60. Geburtstag*, Munich 1967, pp. 221-239. Cit. *Anspruchsberechtigung*.
- *Schweizerisches Privatrecht*, 3.^a ed., Berna 1967. Cit. *Schw. PVR*.
- «Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Versicherungsvertrag» em *Grundprobleme des Versicherungsrechts. Festgabe für Hans Möller*, Reimer Schmidt e Karl Sieg (eds.), Karlsruhe 1972, pp. 361-381. Cit. *Gerechtigkeit*.
- KOLLER, Ingo – *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, Munich 1979. Cit. *Risikozurechnung*.
- «§ 383» em *Großkommentar Handelsgesetzbuch*, VI, 4.^a ed., Berlin 2004, pp. 1-63. Cit. *Großkomm. HGB*.
- KÖNDGEN, Johannes – «Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag» em *Karlsruhe Forum 1998* (VersR-Schriften 6), pp. 3-49. Cit. *Einbeziehung*.
- KOOK, Heinrich – *Der Gruppenvertrag in der Kollektivlebensversicherung. Eine Untersuchung über den Rechtscharakter, den Aufbau und die rechtliche Ausgestaltung der wichtigsten Vertragsform in der Kollektivlebensversicherung mit einem anschließenden kurzen Überblick über das ausländische Recht*, Berlin 1939. Cit. *Gruppenvertrag*.
- KOPPENSTEINER, Hans-Georg/ KRAMER, Ernst A. – *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.^a ed., Berlin 1988. Cit. *Ungerechtfertigte Bereicherung*.
- KÖTZ, Heim – *European Contract Law*, I, Oxford 1997. Cit. *ECL*.
- KOZIOL, Helmut – *Versicherungsrecht*, Berna 1938. Cit. *Garantievertrag*.
- KOZIOL, Helmut (fund.) / WELSER, Rudolf (fund.) – *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, II, 12.^a ed., Viena 2001. Cit. *Grundriß II*.
- KRAMER, Ernst A. – «Einleitung [Schuldrecht Allgemeiner Teil]» em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.^a ed., Munich 2007, pp. 3-52. Cit. *MK/Kramer*.
- KRAMER, Matthew H./ SIMMONDS, N. E./ STEINER, Hillel – *A debate over rights: philosophical enquiries*, Oxford 1998. Cit. *Rights*.
- KRAUSE, Martin Norbert – *Der Begriff des versicherten Interesses und seine Auswirkungen auf die Versicherung für fremde Rechnung*, Karlsruhe 1997. Cit. *Begriff*.

- KRAUSKOPF, Patrick – *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Friburgo na Suíça 2000. Cit. *V_z Dritter*.
- KREMER, Ehrhard – «Risikotheorie» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 671-678. Cit. *Risikotheorie*.
- KULLMANN, Jérôme – «Le contrat d'assurance en droit français» em *Encyclopédie de l'assurance*, François Ewald e Jean-Hervé Lorenzi (eds.), Paris 1998, pp. 921-942. Cit. *Contrat d'Assurance*.
- «Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives» 1998 RGDA 521-530. Cit. *Assurances Collectives*.
- «Y-a-t-il un risque juridique en assurance?» (2005) 80 Revue d'Economie Financière 297-316. Cit. *Risque Juridique*.
- KÜSTNER, Wolfram – «Ist die Gruppenlebensversicherung eine Versicherung für fremde Rechnung?» (1954) 5 VersR 575-577. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- LABBÉ, J.-E. – «Des privilèges spéciaux sur les créances» (1876) 5 Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 571-590 e 665-695. Cit. *Privilèges Spéciaux*.
- Anotação a Cass. Fr. 19.01.1880 em (1880) 1 Rec. Sir. 441-446. Cit. *Anotação*.
- LAMBERT, Édouard – *Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles*, Paris 1893. Cit. *Contrat en Faveur de Tiers*.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne – *Droit des assurances*, 10.^a ed., Paris 1998. Cit. *Assurances*.
- LANDO, Ole/ BEALE, Hugh (eds.) – *Principles of European Contract Law*, Haia 2000. Cit. *PECL*.
- LANGE, Hermann/ SCHIEMANN, Gottfried – *Schadensersatz*, 3.^a ed., Tubinga 2003. Cit. *Schadensersatz*.
- LANGENBERG, Hans – *Die Versicherungspolice. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Karlsruhe 1972. Cit. *Versicherungspolice*.
- LAPLACE, Pierre-Simon – *Théorie analytique des probabilités*, I, orig. Paris 1812, Paris 1995. Cit. *Théorie Analytique*.
- LARENZ, Karl – Anotação a BGH 25.04.1956 em (1956) 9 NJW 1193-1194. Cit. *Anotação*.
- *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3.^a ed., Munique 1963. Cit. *Geschäftsgrundlage*.
- «Zur Struktur "subjektiver Rechte" » em *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für Johannes Sontis*, Fritz Baur, Karl Larenz, Franz Wieacker (eds.), Munique 1977, pp. 129-148. Cit. *Subjektive Rechte*.
- *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.^a ed., Munique 1987. Cit. *Schuldrecht I*.
- *Metodologia da ciência do direito*, 6.^a ed., Berlim 1991, trad. José Lamego, 3.^a ed., Lisboa 1997. Cit. *Metodologia*.
- LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm – *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-II, 13.^a ed., Munique 1994. Cit. *Schuldrecht II-II*.
- LARENZ, Karl/ HEISEKE, Jürgen – «Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen» (1960) 13 NJW 77-81. Cit. *Schutzwirkung*.

- LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., Munique 2004. Cit. *Allgemeiner Teil*.
- LARROUMET, Christian/ MONDOLONI, Dominique – «Stipulation pour autrui» em *Enc Dalloz*, Paris 1998. Cit. *SPA*.
- LASARTE, Carlos – *Contratos*, 9.^a ed., Madrid 2006. Cit. *Contratos*.
- LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION – *Insurance contract law. Issues Paper 4. Insurable Interest*, Londres 2008 (14 de Janeiro). Nota: versão destinada a consulta pública, anterior à aprovação pelas Comissões. Cit. *Insurable Interest*.
- LEENEN, Detlef – *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlim 1971. Cit. *Typus und Rechtsfindung*.
- LEHMANN, Werner – «Leistung und Gegenleistung im Rahmen gewagter Verträge unter besonderer Berücksichtigung des Lotterie-, des Versicherungs- und des Bausparvertrages» (1934) 63 JW 2006-2013. Cit. *Gegenleistung*.
- LEITÃO, Alexandra – *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública*, Coimbra 2002. Cit. *Terceiros*.
- LEITÃO, Luís Menezes – *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Lisboa 1996. Cit. *ESC*.
- *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Lisboa 1991. Cit. *Responsabilidade do Gestor*.
- «A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho» em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, P. Romano Martinez (coord.), I, Coimbra 2001, pp. 537-579. Cit. *Reparação*.
- *Direito das obrigações*, I, 7.^a ed., Coimbra 2008. Cit. *Obrigações I*.
- *Direito das obrigações*, II, 5.^a ed., Coimbra 2007. Cit. *Obrigações II*.
- *Garantias das obrigações*, 2.^a ed., Coimbra 2008. Cit. *Garantias*.
- LENNÉ, Paul – *Das Versicherungsgeschäft für fremde Rechnung*, Marburgo 1911. Cit. *VFR*.
- LEPTIEN, Ulrich – «Vor §164» em *Soergels Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 13.^a ed., Estugarda 1999, pp. 531-560. Cit. *Soergel/ Liptien*.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul – *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, Paris 1898. Cit. *Prête-Nom*.
- LIEB, Manfred – «§812» em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., Munique 2004, pp. 1241-1367. Cit. *MK/Lieb*.
- LIEBS, Detlef – *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 6.^a ed., Munique 1998. Cit. *LRR*.
- LIMA António Pires de / VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil anotado*, I, 4.^a ed., Coimbra 1987. Cit. *CC Anot. I*.
- *Código Civil anotado*, II, 4.^a ed., Coimbra 1997. Cit. *CC Anot. II*.
- *Código Civil anotado*, III, 2.^a ed., Coimbra 1987. Cit. *CC Anot. III*.

- LIPPERHEIDE, Manfred – «Prämienanpassungsklauseln» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 541-547. Cit. *Prämienanpassungsklauseln*.
- LIPPERT, Heinrich – «Gruppenversicherung» em *Deutsche Versicherungswirtschaft. Ein Unterrichts- und Nachschlagewerk*, Rudolf Lencer e Paul Riebesell (eds.), II, Berlim 1936-1939, pp. 225-233. Cit. *Gruppenversicherung*.
- LIPSHUTZ, Nelson R. – *The regulatory economics of title insurance*, Westport CT 1994. Cit. *Title Insurance*.
- LOCKE, John – «The Second Treatise of Civil Government» em *Two Treatises on Government*, Londres 1690, disponível em <http://www.constitution.org/il/2ndtreat.htm> (existe trad. M. Morgado, Lisboa 2006). Cit. *Second Treatise*.
- LOOSCHELDERS, Dirk – «Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?»(1996) 47 VersR 529-540. Cit. *Zufall*.
- LOPES, Maria Clara – *Responsabilidade civil extracontratual*, Lisboa 1997. Cit. *Responsabilidade*.
- LORENZ, Egon – *Gefabrengemeinschaft und Beitragsgerechtigkeit aus rechtlicher Sicht*, Karlsruhe 1983. Cit. *Gefabrengemeinschaft*.
- LORENZ, Stephan – «§812» em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, §§ 812-822, Berlim 2007, pp. 91-199. Cit. *Staudinger/S. Lorenz*.
- LOSHIN, Jacob – «Insurance law's hapless busybody: a case against the insurable interest requirement» (2007) 117 YLJ 474-509. Cit. *Insurable Interest*.
- LOWRY, John/ RAWLINGS, Philip – *Insurance law: cases and materials*, Oxford 2004. Cit. *Cases & Materials*.
– *Insurance law: doctrines and principles*, 2.^a ed., Oxford 2005. Cit. *Doctrines & Principles*.
- LUHMANN, Niklas – *Soziologie des Risikos*, Berlim 1991. Cit. *Risiko*.
- LUKARSCH, Gerhard – «Versicherung als Wirtschaftsgut» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 959-964. Cit. *Wirtschaftsgut*.
- LUMINOSO, Angelo – *Mandato, commissione, spedizione*, Milão 1984. Cit. *Mandato*.
- MACGILLIVRAY, E. J. (fund. D)/ LEGH-JONES, Nicholas – *MacGillivray on insurance law*, 10.^a ed., Londres 2003. Cit. *Insurance Law*.
– *MacGillivray on insurance law, 1st Supplement to 10th ed*, Londres 2005. Cit. *Insurance Law 1st Sup*.
- MACHADO, João Baptista – «A resolução por incumprimento e a indemnização» em *João Baptista Machado: obra dispersa*, I, Braga 1991, pp. 195-213. Cit. *Indemnização*.
- MACHADO, Miguel Pedrosa – «Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco» (1988) RFDUL 77-155 (cit. pela sep.). Cit. *CCG*.
- MACKIE, John Leslie – *Truth, probability and paradox*, Oxford 1973. Cit. *TPP*.
- MAGNUSSON, Rolf – «Gruppenversicherung, insbesondere in der Lebensversicherung» em *Materialien des Zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht*, IX, Hamburgo 1966, pp. 1-28. Cit. *Gruppenversicherung*.

- MAHR, Werner – *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, 3.^a ed., Berlim 1970. Cit. *Einführung*.
- MAJELLO, Ugo – *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Nápoles 1962. Cit. *Interesse*.
- MALTEZ, J. Adelino – *Princípios de Ciência Política*, II, Lisboa 1996. Cit. *Ciência Política*.
- MANES, Alfred – *Versicherungswesen*, I, 5.^a ed., Leipzig 1930. Cit. *VW I*.
- MANN, Peter/ LEWIS, Candace – *Annotated Insurance Contracts Act*, 3.^a ed., Pyrmont 2001. Cit. *ICA*.
- MARCHESSAUX, Isabelle – «L'opposabilité du contrat aux tiers» em *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine e J. Ghéstin (eds.), Paris 1992, pp. 67-99. Cit. *Opposabilité*.
- MARGOLIS, Eric/ LAURENCE, Stephen – «Concepts» em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2007 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/concepts/>. Cit. *Concepts*.
- MARQUES, J. Dias – *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa 1986. Cit. *Introdução*.
- MARQUES, A. H. Oliveira – *Para a história dos seguros em Portugal (notas e documentos)*, Lisboa 1977. Cit. *História dos Seguros*.
- MARTIN, Anton – *Sachversicherungsrecht. Kommentar*, 3.^a ed., Munique 1992. Cit. *SVR*.
- MARTIN, Susan Lorde – «Corporate-owned life insurance: another financial scheme that takes advantage of employees and shareholders» (2004) 58 U. Miami L. Rev. 653-678. Cit. *COLL*.
- MARTINEZ, Pedro – *Teoria e prática dos seguros*, Lisboa 1953. Cit. *Seguros*.
- MARTINEZ, Pedro Romano – *O subcontrato*, Coimbra 1989. Cit. *Subcontrato*.
- «Contrato de seguro – âmbito do dever de indemnizar» em *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, António Moreira e M. Costa Martins (coord.), Coimbra 2000, pp. 155-168. Cit. *Âmbito*.
 - *Contratos comerciais. Apontamentos*, Cascais 2001. Cit. *Contratos Comerciais*.
 - *Direito das obrigações. Apontamentos*, 2.^a ed., Lisboa 2004. Cit. *Obrigações*.
 - «Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro» (2006) LV ScJur 241-261. Cit. *CCG*.
 - *Da cessação do contrato*, 2.^a ed., Coimbra 2006. Cit. *Cessação*.
 - *Direito dos seguros. Apontamentos*, Cascais 2006. Cit. *Apontamentos*.
 - *Direito dos Seguros. Relatório*, Coimbra 2006. Cit. *Relatório*.
 - *Garantias de cumprimento*, 5.^a ed., Coimbra 2006. Cit. *Garantias*.
 - «Novo regime do contrato de seguro» (2008) 140 O Direito 23-117. Cit. *Novo Regime*.
- MÄSCH, Gerald – *Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübinga 2004. Cit. *Chance und Schaden*.
- MATOS, Filipe Albuquerque – «O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: breves considerações» em *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa 2002, pp. 601-624. Cit. *Seguro Obrigatório*.

- MAUCH, Rolf – *Der Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag. Seine Rechtsnatur und seine Funktion in der schweizerischen Privatwirtschaft*, Aarau 1961. Cit. *Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag*.
- MAURON, Alex – «Médecine prédictive et destinées individuelles: la tension entre équité actuarielle et justice sociale» (1996) 7 *Journal International de Bioéthique* 304-310. Cit. *Médecine Prédictive*.
- MAYAUX, Luc – «Aspects juridiques de l'assurabilité» (2003) 54 *Risques* 67-74. Cit. *Assurabilité*.
- MAZEAUD, Henri et Léon (fund.Π)/ CHABAS, François – *Leçons de droit civil*, II–I, *Obligations. Théorie générale*, 9.^a ed., Paris 1998. Cit. *Obligations*.
- MCLEAR, Charles A. – «Retroactive Insurance: Turning back the clock for 300 years» (1982) 29-8 *Risk Management* 30-32. Cit. *Retroactive Insurance*.
- MCGANN, Diane M. – *Life and health insurance law*, Stillwater MN 2005. Cit. *LHIL*.
- MEDICUS, Dieter – *Schuldrecht*, II, 11.^a ed., Munique 2003. Cit. *Schuldrecht II*.
– *Bürgerliches Recht*, 21.^a ed., Colónia 2007. Cit. *BR*.
- MEHR, Robert I./CAMMACK, Emerson – *Principles of insurance*, 7.^a ed., Homewood IL 1980. Cit. *Principles*.
- MEINOW, Franz – *Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Gruppenversicherung*, Ohlau 1934. Cit. *Gruppenversicherung*.
- MEIXNER, Oliver/ STEINBECK, René – *Das neue Versicherungsvertragsrecht*, Munique 2008. Cit. *Neue VVG*.
- MELO, Helena Pereira de – *Implicações jurídicas do projecto do genoma humano: constituirá a discriminação genética uma nova forma de apartheid?*, Coimbra 2007. Cit. *Genoma Humano*.
- MENDES, João de Castro – *Direito Civil. Teoria Geral*, II, Lisboa 1976. Cit. *Teoria II*.
– «Da condição» (1977) 263 *BMJ* 37-60. Cit. *Condição*.
- MERKIN, Robert – *Colinvaux's law of insurance*, 8.^a ed., Londres 2006. Cit. *Colinvaux*.
- MERKIN, Robert/ LOWRY, John – «Reconstructing insurance law: the Law Commission's consultation paper» (2008) 71 *MLR* 95-113. Cit. *Reconstructing*.
- MESSINEO, Francesco – «Contratto nei rapporti col terzo» em *Enc Dir*, X, Milão 1958, pp. 196-209. Cit. *Rapporti col Terzo*.
– «Contratto normativo e contratto tipo» em *Enc Dir*, X, Milão 1958, pp. 116-129. Cit. *Contratto Normativo*.
– «Contratto "per conto di chi spetta"» em *Enc Dir*, X, Milão 1958, pp. 77-80. Cit. *Per Conto di Chi Spetta*.
- MEY, Jozef de – «The aftermath of September 11: the impact on and systemic risk to the insurance industry» (2003) 28 *Geneva Papers on Risk and Insurance* 65-70. Cit. *Aftermath*.
- MEYER, Hans Dieter – «Wem gehören 800 Milliarden Mark? Eine Kritik an den rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen des Versicherungswesens» (1990) 23 *ZRP* 424-428. Cit. *Grundlagen*.
- MILCAMP, Thierry/ BERDOT, François – «Attribution a titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités» em *Études offertes à Monsieur le Professeur André Besson*, Bedour, Bigot, Deschamps, Favre, Gaudet e Perrot (eds.), Paris 1976, pp. 235-248. Cit. *Bénéfice*.

- MILL, John Stuart – «Utilitarianism», orig. 1863, em *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, John Troyer (ed.), Indianápolis 2003, pp. 95-149. Cit. *Utilitarianism*.
- MILLAUER, Horst – «Zum Begriff des Gruppenversicherungsvertrages» (1957) 8 VersR 280-281. Cit. *Begriff*.
- «Der Gruppenversicherungsvertrag. Ausgestaltungsmöglichkeiten – Versicherungsbeginn – Laufende Versicherung» (1964) 15 VersR 1213-1217. Cit. *Ausgestaltungsmöglichkeiten*.
 - «Die aufsichtsbehördliche Regelung der Begünstigungsverträge» (1964) 15 VersR 111-119. Cit. *Begünstigungsverträge*.
 - «Nochmals: Begriff des Gruppenversicherungsvertrages» (1966) 17 VersR 803-804. Cit. *Nochmals*.
 - *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, 2.^a ed., Karlsruhe 1966. Cit. *Gruppenversicherung*.
- MILLNER, M. A. – «Ius quaesito tertio: comparison and synthesis» (1967) 16 ICLQ 446-463. Cit. *Ius Quaesito Tertio*.
- MIRANDA, Jorge – *Constituições de diversos países*, I, 3.^a ed., Lisboa 1987. Cit. *Constituições*.
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra 2005. Cit. *CRP Anot.*
- MÖLLER, Hans – «Beziehung – Gefahr – Bedarf. Eine theoretische Untersuchung zu Grundfragen des Privatversicherungsrechtes» (1934) 34 ZVersWiss 18-43. Cit. *Beziehung*.
- *Summen- und Einzelschaden*, Hamburgo 1937. Cit. *Einzelschaden*.
 - «Die Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts» em *Deutsche Versicherungswirtschaft. Ein Unterrichts- und Nachschlagewerk*, Rudolf Lencer e Paul Riebesell (eds.), III, Berlim 1936-1939, pp. 3-28. Cit. *Grundlagen*.
 - «Rechtsgrundsätze der Gefolgschaftsversicherung» (1939) 62 NeumZ 730-734. Cit. *Gefolgschaftsversicherung*.
 - Anotação a OGH 19.01.1950 em (1950) 1 VersR 81-82. Cit. *Anotação*.
 - «Considerazioni sul concetto di interesse» (1955) 22-I *Assicurazioni* 131-144. Cit. *Interesse*.
 - «Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages» (1962) 51 ZVersWiss 269-289, também em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 249-275. Cit. *Moderne Theorien*.
 - «Ist die Einführung eines eigenen Rechts des Drittgeschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, insbesondere in der Kraftfahrhaftpflichtversicherung empfehlenswert?» (1963) 52 ZVersWiss 409-470. Cit. *Einführung*.
 - «Allgemeiner Teil: Übersicht über Drittbeteiligte bei Versicherungsverträgen» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 17-20. Cit. *Rechte Dritter*.
 - *Versicherungsvertragsrecht*, Wiesbaden 1971. Cit. *VVR*.
 - «De la double nature de l'action directe» em *Études offertes à Monsieur le Professeur André Besson*, Bedour, Bigot, Deschamps, Favre, Gaudet e Perrot (eds.), Paris 1976, pp. 249-260. Cit. *Double*

Nature.

MOMMSEN, Friedrich – *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig 1855. Cit. *Interesse*.

MONACHE, Stefano delle/ FINESSI, Arianna – *Commentario breve al codice civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (eds.), 7.^a ed., Milão 2004, Art. 1703. Cit. *Commentario CCit*.

MONTCHARMONT, Henri – *L'assurance pour compte en matière terrestre*, Paris 1931. Cit. *Assurance pour Compte*.

MONTEIRO, António Pinto – *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, orig. 1985, Coimbra 2003. Cit. *Cláusulas de Exclusão*.

– *Direito comercial. Contratos de distribuição comercial*, Coimbra 2002. Cit. *Distribuição*.

MONTEIRO, Jorge Sinde – *Reparação dos danos em acidentes de trânsito. Um estudo de Direito comparado sobre a substituição da responsabilidade civil por um novo seguro de acidentes de trânsito*, Coimbra 1974. Cit. *Reparação*.

– «Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes» (1979) 5 RDE 317-368; (1980) 6-7 RDE 123-265. Cit. *Seguro de Acidentes*.

MOOK, Peter – *Das Bereicherungsverbot im Schadensersatzrecht nach §§ 249-253 BGB*, Hamburgo 1983. Cit. *Bereicherungsverbot*.

MORAIS, Fernando de Gravato – *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coimbra 2004. Cit. *União de Contratos*.

MORDI, Obi – «Das Produktkonzept der Versicherung: eine alternative Interpretation» (1985) 74 ZVersWiss 81-93. Cit. *Produktkonzept*.

MORIN, Anne – *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Paris 1998. Cit. *Contrats Aléatoires*.

MOSER, Hans Friedrich – *Personalfürsorge. Grundsätzliche Untersuchungen über Pensionskassen aufgrund schweizerischer Verhältnisse*, Basileia 1943. Cit. *Personalfürsorge*.

MOTA, Francisco Guerra da – *O contrato de seguro terrestre*, I, Porto 1985. Cit. *Seguro Terrestre*.

Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, BAV (ed.), Berlim 1963. Cit. *Motive*.

MOTTE, Harald de la – «Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, auch im Lichte des Konkursrechts» (1951) 2 VersR 185-188. Cit. *Gegenleistung*.

MOULY, Christian – *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris 1979. Cit. *Causes*.

MÜLLER, Gerd – «Die Gefolgschaftsversicherung im Dienste der Gefolgschaftsvorsorge» (1938) 61 NeumZ 1205-1211. Cit. *Gefolgschaftsversicherung*.

MÜLLER, Wolfgang – «Das Produkt der Versicherung» em *Geld und Versicherung. Analysen, Thesen, Perspektiven im Spannungsfeld liberaler Theorie. Festgabe für Wilhelm Seuß*, M. Jung, R.R. Lucius, W.G. Seifert (eds.), Karlsruhe 1981, pp. 155-171. Cit. *Produkt*.

MÚRIAS, Pedro – *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa 2000. Cit. *Ónus da Prova*.

– «Regulações do dono. Uma fonte de obrigações» em *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra 2002, II, pp. 255-293. Cit. *Regulações do Dono*.

- «Síntese para alunos sobre a chamada "eficácia externa das obrigações"», artigo não publicado, Lisboa 2003, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm>. Cit. *Eficácia Externa*.
- «Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento», a publicar n'O Direito, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/yAtribuicaoNet.pdf>. Cit. *Atribuição*.
- MÚRIAS, Pedro/ PEREIRA, Maria de Lurdes – «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos de prestação» em *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, no prelo, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf>. Cit. *Obrigações de Meios*.
- «Prestações de coisa: transferência do risco e obrigações de *reddere*», a publicar nos Cadernos de Direito Privado, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/vTRiscoeReddere.pdf>. Cit. *Prestações de Coisa*.
- MUSIELAK, Hans-Joachim – «A inserção de terceiros no domínio de protecção contratual» em *Contratos: actualidade e evolução*, António Pinto Monteiro (coord.), Porto 1997, pp. 283-296. Cit. *Inserção*.
- NASCIMENTO, Paulo Soares do – *A sub-rogação do credor ao devedor*, dissertação de mestrado não publicada, Lisboa 2003. Cit. *Sub-rogação*.
- NEF, Urs Christoph – «Art. 7» em *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt e Anton K. Schnyder (eds.), Basileia 2001, pp. 146-151. Cit. *Komm. Schw. VVG*.
- NEVES, A. Castanheira – *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, Coimbra 1967. Cit. *Questão-de-facto*.
- *Digesta*, II, Coimbra 1995. Cit. *Digesta*.
- «Escola Histórica do Direito» em *Digesta*, II, Coimbra 1995, pp. 203-214. Cit. *EHD*.
- «Jurisprudência dos Interesses» em *Digesta*, II, Coimbra 1995, pp. 215-246. Cit. *Jl*.
- NICOLAS, Veronique – *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris 1996. Cit. *Essai*.
- «Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance» 1998 RGDA 637-655. Cit. *Risque*.
- NICOLÒ, Rosario – *L'adempimento dell' obbligo altrui*, Milão 1936. Cit. *L'adempimento*.
- «Alea» em *Enc Dir*, I, Milão 1958, pp. 1024-1031. Cit. *Alea*.
- NIETZSCHE, Friedrich – *Assim falava Zaratustra*, orig. Chemnitz 1883-1885, trad. A. Margarido, Lisboa 1991. Cit. *Zaratustra*.
- NORTH, P. M. – «Certain aspects of the declaration of the risk and its consequences in comparative law. Examination of "warranty" and of "Obliegenheit": an English view» em *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E.*, Université Catholique de Louvain (ed.), Bruxelas 1981, pp. 278-296. Cit. *Examination*.
- OECHSLER, Jürgen – *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübinga 1997. Cit. *Gerechtigkeit*.
- OERTMANN, Paul – *Entgeltliche Geschäfte*, Munique 1912. Cit. *Entgeltliche Geschäfte*.

- OLIVEIRA, Arnaldo – «Dois exemplos portugueses da resistência material do contrato de seguro ao direito das cláusulas contratuais gerais» (1997) 467 BMJ 5-42. Cit. *Dois Exemplos*.
- *A protecção dos credores de seguros na liquidação de seguradoras. Considerações de direito constituído e a constituir*, Coimbra 2000. Cit. *Protecção de Credores*.
- OMORI, Tadao – «The valued policy: objectivism and subjectivism in the law of insurance» em *Internationales Versicherungsrecht. Festschrift für Albert Ebrenzweig zum 80. Geburtstag*, Hans Möller (ed.), Karlsruhe 1955, pp. 185-196. Cit. *Valued Policy*.
- ORLOWSKI, Otto – *Die Versicherung zugunsten Dritter*, Hamburgo 1955. Cit. *VZD*.
- OST, François – «Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico», Victoria Roca (trad.), (2002) 25 DOXA 597-626. Cit. *Tiempo*.
- OTTO, Hansjörg – «Einleitung zu §§ 320 ff» em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, §§ 315-326, Berlim 2004, pp. 97-113. Cit. *Staudinger/Otto*.
- PACCHIONI, Giovanni – *I contratti a favore di terzi secondo il diritto romano e civile*, Innsbruck 1898. Cit. *CFT*.
- PALMER, Vernon Valentine – *The paths to privity*, São Francisco CA 1992. Cit. *Privity*.
- «Contracts in favour of third persons in Europe: first steps towards tomorrow's harmonization» (2003) 11 ERPL 8-27. Cit. *First Steps*.
- PASCAL, Blaise – *Pensées*, orig. 1670, L. Brunschvicg (ed.), Paris 1925. Cit. *Pensées*.
- PATTERSON, Edwin Wilhite – «The delivery of a life-insurance policy» (1919) 33 HLR 198-222. Cit. *Delivery*.
- *Cases and materials on the law of insurance*, 4.^a ed., Brooklyn NY 1961. Cit. *Cases & Materials*.
- PAVARIN, Giovanni – Art. 2767 em *Commentario breve al codice civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (eds.), 7.^a ed., Milão 2004. Cit. *Commentario CCit*.
- PEREIRA, Maria de Lurdes – *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra 2001. Cit. *Conceito*.
- PEREIRA, Maria de Lurdes/ MÚRIAS, Pedro – «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma» em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Oliveira Ascensão*, no prelo, disponível em <http://muriassjuridico.no.sapo.pt/wSinalagmaFinal.pdf>. Cit. *Sinalagma*.
- «Dever de prestar e dever de indemnizar», *work in progress*, disponível em <http://muriassjuridico.no.sapo.pt/ePrestarIndemnizar.pdf>. Cit. *Dever de Prestar*.
- PEREIRA, Patrícia da Guia – «Cláusulas contratuais abusivas e distribuição do risco» (2007) 39 Sub Judice 91-113. Cit. *Distribuição do Risco*.
- PETAUTON, Pierre – «L'opération d'assurance: définitions et principes» em *Encyclopédie de l'assurance*, François Ewald e Jean-Hervé Lorenzi (eds.), Paris 1998, pp. 427-456. Cit. *Opération*.
- PETERS, Frank – «Zu den bereicherungsrechtlichen Folgen eines mangelhaften Vertrages zu Rechten Dritter» (1973) 173 AcP 71-92. Cit. *Folgen*.
- PETERSEN, Adolf – «Begünstigungsverträge» em *Versicherungslexikon*, Alfred Manes (ed.), 3.^a ed., Berlim 1930, pp. 298-299. Cit. *Begünstigungsverträge*.

- PETERSEN, Jens – «Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung» (2003) 25 Jura 744-748. Cit. *Stellvertretung*.
- Petit Précis Dalloz*; *Précis de Droit civil*, II, 3.^a ed., Paris 1931. Cit. *Précis Dalloz*.
- PFUND, Peter – «Zustandekommen und Widerruf des Versicherungsvertrages» em *Total Revision VVG. Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Anton K. Schnyder e Stephan Weber (eds.), Zurich 2006, pp. 39-52. Cit. *Zustandekommen*.
- PICARD, Maurice (fund. II) / BESSON, André – *Les assurances terrestres*, I, orig. 1938, 5.^a ed., Paris 1982. Cit. *Assurances Terrestres*.
- PICARD, Pierre – «Risques d'assurance et risques financiers» (2005) 80 Revue d'Economie Financière 15-25. Cit. *Risques*.
- PINO, Augusto – «Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea» (1960) 14 RTDPC 1221-1251. Cit. *Contratto Aleatorio*.
- «Il contratto di assicurazione e i contratti a prestazioni corrispettive» em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 489-497. Cit. *Prestazioni*.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Cessão da posição contratual*, Coimbra 1970. Cit. *Cessão*.
- *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, Coimbra 2005. Cit. *TGDC*.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota/ MONTEIRO, António Pinto/ SILVA, João Calvão da – *Jogo e aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórico-jurídica*, Coimbra 1982. Cit. *Jogo e Aposta*.
- PINTO, Paulo Mota – «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade» em *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra 1999, pp. 149-246. Cit. *Livre Desenvolvimento*.
- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, dissertação de doutoramento ainda não publicada, Coimbra 2007. Cit. *Interesse Contratual*.
- PITTER, Maria Antonietta Bianchi – *Commentario breve al codice civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (eds.), 7.^a ed., Milão 2004, Arts. 1883 e 1889. Cit. *Commentario CCit*.
- PLANIOU, Marcel – Anotação a Cass. Fr. 17.07.1911 em (1912) 88 Rec. Dal. P. 81-82. Cit. *Anotação*.
- PLANIOU, Marcel/ RIPERT, Georges (dirs.) – *Traité pratique de droit civil français*, VII. *Obligations* (2.^{ème} Partie), colab. Paul Esmein, Jean Radouant e Gabriel Gabolde, Paris 1931. Cit. *Obligations*.
- PIRES, Florbela – *Seguro de acidentes de trabalho*, Lisboa 1999. Cit. *SAT*.
- POISSON, Siméon-Denis – *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, Paris 1837. Cit. *Probabilité*.
- POTHIER, Robert Joseph – *Traité des obligations*, orig. 1761, publicado como *Oeuvres de Pothier*, I, Paris 1821. Cit. *Obligations*.
- *Traité du contrat d'assurance*, orig. 1775, publicado em *Oeuvres de Pothier*, III, Paris 1830, pp. 235-281. Cit. *Contrat d'Assurance*.
- *Traité du jeu*, orig. 1775, publicado em *Oeuvres de Pothier*, III, Paris 1830, pp. 297-315. Cit. *Jeu*.

- POUND, Roscoe – «The role of the will in law» (1954) 68 HLRev 1-19. Cit. *Will*.
- PRATA, Ana – *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra 1982. Cit. *Autonomia Privada*.
- *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra 1985. Cit. *Cláusulas de Exclusão*.
- Principles of European Contract Law*, Partes I e II, versão final de 2000. Cit. *PECL*.
- Principles of European Insurance Contract Law*, versão de 17.12.2007, disponível em <http://restatement.info/cfr/Draft-CFR-Insurance-Contract-17122007-FINAL.pdf>.
- PRÖLSS, Erich R. – *Versicherungsvertragsgesetz*, 1.^a ed., Munique 1935; e 15.^a ed., Munique 1965. Cit. *VVG 1.^a ou 15.^a*.
- «Der Ablauf des Versicherungsvertrages (III): Das Versicherungsverhältnis» em *Deutsche Versicherungswirtschaft. Ein Unterrichts- und Nachschlagewerk*, Rudolf Lencer e Paul Riebesell (eds.), III, Berlim 1936-1939, pp. 67-107. Cit. *Versicherungsverhältnis*.
- PRÖLSS, Erich R (fund. □)/ MARTIN, Anton (fund. □) – *Versicherungsvertragsgesetz*, 27.^a ed., colab. Ulrich Knappmann, Jürgen Prölss, Helmut Kollhosser e Wolfgang Voit, Munique 2004. Cit. *VVG*.
- PRÖLSS, Jürgen – «Der Versicherer als "Treuhänder der Gefahrgemeinschaft". Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer» em *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, Claus-Wilhelm Canaris e Uwe Diederichsen (eds.), Munique 1983, pp. 487-535. Cit. *Treuhänder*.
- «Stille Teilhabe an fremden Versicherungsverträgen – zur konkludenten Einbeziehung von Drittinteressen in der Sachversicherung» (1997) 24 r+s 221-226. Cit. *Stille Teilhabe*.
- PROFFE, Joachim – *Rechtliche Fragen um die Gruppenversicherung*, Colónia 1936. Cit. *Gruppenversicherung*.
- PURCARO, Dario – *L'assicurazione per conto altrui*, Milão 1996. Cit. *Ass. Per Conto*.
- RAPOSO, Mário – «Regulação legislativa do contrato de seguro. Uma nota sumária» (1996) 56 ROA 815-836. Cit. *Regulação*.
- «Código Comercial» em *Polis Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*, I, 2.^a ed., Lisboa 1997, cc. 976-979. Cit. *Código Comercial*.
- REALE, Miguel – *História do novo Código Civil*, São Paulo 2005. Cit. *História*.
- REBOUL, Eugène – *Assurances sur la vie*, 3.^a ed., Paris 1865. Cit. *Assurances Vie*.
- REGO, Margarida Lima – *No right to perform a contract?*, Coimbra 2006. Cit. *No Right*.
- «As partes processuais numa acção em sub-rogação» (2006) 13 Themis 63-108. Cit. *Sub-rogação*.
- REGO, Margarida Lima/ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – «Contract law» em *Portuguese law: an overview*, Ferreira de Almeida, Assunção Cristas e Nuno Piçarra (eds.), Coimbra 2007, pp. 183-196. Cit. *Contract Law*.
- REI, Maria Raquel – «Da expectativa jurídica» (1994) 54 ROA 149-180. Cit. *Expectativa Jurídica*.
- *Do contrato-quadro*, dissertação de mestrado não publicada, Lisboa 1997. Cit. *Contrato-Quadro*.

- REICHERT-FACILIDES, Fritz – «Bedarf» em *Handwörterbuch des Versicherungswesens*, Eberhart Finke (ed.), Darmstadt 1958, cc. 239-240. Cit. *Bedarf*.
- «Zur Konkretisierung der Gefahrtragungsschuld des Versicherers» em *Festschrift für Karl Siegel*, Horst Baumann, Helmut Schirmer e Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1976, pp. 421-434. Cit. *Konkretisierung*.
- REINACH, Adolf – *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Halle no Saale 1913. Cit. *Apriorischen Grundlagen*.
- RENN, Ortwin – «Concepts of risk: a classification» em *Social theories of risk*, Sheldon Krimsky e Dominic Golding (eds.), Westport CT 1992, pp. 53-79. Cit. *Concepts of Risk*.
- REUSSER, Samuel – *Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsverträgen nach Schweizerischem Recht*, Berna 1938. Cit. *Garantievertrag*.
- REUTER, Dieter/ MARTINEK, Michael – *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tubinga 1983. Cit. *Ungerechtfertigte Bereicherung*.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra 1999. Cit. *Problema*.
- RICHTER, Arnt – *Privatversicherungsrecht*, Estugarda 1980. Cit. *PVR*.
- RICHTER, Max Kurt – *Die Rechtsstellung des Versicherten bei der Versicherung für fremde Rechnung*, Dresden 1933. Cit. *Rechtsstellung*.
- ROCCO, Arturo – *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Turim 1913. Cit. *Reato*.
- ROCHA, Francisco Costeira da – *O contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra 2000. Cit. *Contrato de Transporte*.
- RODE, Hélène de – «Les assurances de responsabilité. Évolution et perspectives» em *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, B. Dubuisson, P.-H. Delvaux, H. de Rode, D. Philippe, G. Schamps e P. Wéry (eds.), Bruxelas 2003, pp. 703-724. Cit. *Ass. Resp.*
- RODIEK, Richard – *Der Versicherungsanspruch im Falle der Versicherung für fremde Rechnung*, Erlangen 1914. Cit. *Versicherungsanspruch*.
- RÖMER, Wolfgang/ LANGHEID, Theo – *Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar*, Munique 1997. Cit. *VVG*.
- ROMMEL, Curt – «System und Praxis der Reiseregenversicherung» em *Beiträge zur Versicherungswissenschaft. Festgabe für Walter Rohrbach zum 70. Geburtstage*, Berlim 1955, 329-346. Cit.
- ROTH, Markus – *Die Rechtliche Natur der Gruppenversicherung in der Schweiz*, Berna 1935. Cit. *Gruppenversicherung*.
- ROUX, Jean-Marc – *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Aix-Marseille 2001. Cit. *Rôle Créateur*.
- ROYAL SOCIETY – *Risk: analysis, perception and management*, Frederick Warner (dir.), Londres 1992. Cit. *Risk*.
- ROYCE, Josiah – «War and insurance» (orig. Cambridge Mass. 1914) (2003/2004) 10 Conn Ins LJ 5-49. Cit. *War and Insurance*.
- RÜHL, Giesela – «Common law, civil law, and the single European market for insurances» (2006) 55 ICLQ 879-910. Cit. *Single European Market*.

- RUMPF, Stefanie – *Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis. Über die Relevanz von Einzelleistung und Gesamtleistung im Dauerschuldverhältnis*, Konstanz 2003. Cit. *Dauerschuldverhältnis*.
- RUSCHER, Klaus – *Die Besonderheiten des Versicherungsanspruche bei der Versicherung für fremde Rechnung*, Colónia 1969. Cit. *Besonderheiten*.
- SACCO, Rodolfo/ DE NOVA, Giorgio – *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco. Il contratto*, I, 3.^a ed., Turim 2004. Cit. *Contratto I*.
- *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco. Il contratto*, II, 3.^a ed., Turim 2004. Cit. *Contratto II*.
- SALANDRA, Vittorio – «Dell'assicurazione» em *Commentario del codice civile*, Antonio Scialoja e Giuseppe Branca (eds.), IV, 3.^a ed., Bolonha 1966, pp. 172-441. Cit. *Assicurazione*.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.) – *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y sus modificaciones*, Pamplona 1999. Cit. *Comentarios*.
- SANTAGATA, Carlo – «Del mandato» em *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Francesco Galgano (ed.), IV, Bolonha 1998. Cit. *Mandato*.
- SANTARÉM, Pedro de – *Tractatus de assicurationibus et sponsionibus, nunc primum luce donatus*, orig. 1552, Lisboa 1961. Cit. *Tractatus*.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco – *Rischio e bisogno nella previdencia sociale*, Milão 1948. Cit. *Rischio*.
- «Variations sur le contrat d'assurance» em *Études offertes à Monsieur le Professeur André Besson*, Bedour, Bigot, Deschamps, Favre, Gaudet e Perrot (eds.), Paris 1976, pp. 307-311. Cit. *Variations*.
- SANTOS, Margarida Silva – *Seguro de crédito*, Lisboa 2004. Cit. *Seguro de Crédito*.
- SARTRE, Jean-Paul – *La nausée*, orig. Paris 1938, Collection Folio n.º 805, Paris 2007. Cit. *La Nausée*.
- SAVIGNY, Friedrich Karl – *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlim 1840. Cit. *System*.
- *Das Obligationenrecht*, II, Berlim 1853. Cit. *OR II*.
- SCALFI, Gianguido – *Corrispettività e alea nei contratti*, Milão 1960. Cit. *Corrispettività*.
- «Assicurazione (contratto di)» em *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, I, 4.^a ed., Turim 1987, pp. 333-366. Cit. *Assicurazione*.
- *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Turim 1991. Cit. *Assicurazione Danni*.
- SCHICKINGER, Walter F. – «Gruppenversicherung, insbesondere Gruppenlebensversicherung» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 239-248. Cit. *Gruppenversicherung*.
- SCHILKEN, Eberhard – «Vorbemerkungen zu §§ 164 ff» em *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 164-240, Berlim 2004, pp. 1-48. Cit. *Staudinger/Schilken*.
- SCHIMIKOWSKI, Peter – *Versicherungsvertragsrecht*, 3.^a ed., Munique 2004. Cit. *VVR*.
- SCHMIDT, Christian – «Risque et incertitude: une nouvelle interprétation» (1996) 25 *Risques: Les Cahiers de l'Assurance* 163-174. Cit. *Risque et incertitude*.
- SCHMIDT, Günther – «Versuch einer Abgrenzung des Risikobegriffes in der Versicherungstechnik» em

- Beiträge zur Versicherungswissenschaft. Festgabe für Walter Robrbeck zum 70. Geburtstag*, Berlim 1955, pp. 415-424. Cit. *Risikobegriff*.
- SCHMIDT, Jürgen – *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechtes*, Colónia 1969. Cit. *Aktionsberechtigung*.
- SCHMIDT, Karsten – *Handelsrecht*, 5.^a ed., Colónia 1999. Cit. *Handelsrecht*.
- SCHMIDT, Reimer – «Gedanken zum Begriff der Versicherung» em *Rechtsfragen der Individualversicherung. Betrachtungen und Probleme in internationaler Sicht. Festgabe für Erich R. Prölss, Ernst Klingmüller* (ed.), Karlsruhe 1957, pp. 247-255. Cit. *Gedanken*.
- «Begriff» em *Handwörterbuch des Versicherungswesens*, Eberhart Finke (ed.), I, Darmstadt 1958, cc. 243-249. Cit. *Begriff*.
- «Versicherungsvertrag» em *Handwörterbuch des Versicherungswesens*, Eberhart Finke (ed.), II, Darmstadt 1958, cc. 2365-2372. Cit. *Versicherungsvertrag*.
- SCHMIDT-RIMPLER, Walter – «Über einige Grundbegriffe des Privatversicherungsrechts» em *Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Ernst Heymann zum 6. April 1930*, K. Klausning, Hans Karl Nipperdey e Arthur Nussbaum (eds.), II, Marburgo 1931, pp. 1211-1259. Cit. *Grundbegriffe*.
- «Versicherungswirtschaft und Versicherungsrecht» em *Veröffentlichungen des Berliner Hochschulinstituts für Versicherungswissenschaft*, Heft 1, *Ansprachen und Vorträge bei der Eröffnungsfeier des Instituts am 19. Januar 1939 in der Universität Berlin*, Theodor Süß (ed.), Berlim 1939, pp. 67-101. Cit. *Versicherungswirtschaft*.
- «Zum Begriff der Versicherung» (1963) 14 VersR 493-505. Cit. *Begriff*.
- *Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma*, Estugarda 1968. Cit. *Gegenseitigkeit*.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim – «"Versicherung" als Technik bestimmter finanzieller Dienstleistungen, "Versicherungsvertrag" als Grundtypus und einzelne Arten von Versicherungsverträgen» em *Recht und Ökonomie der Versicherung. Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Ulrich Hübner, Elmar Helten e Peter Albrecht (eds.), Karlsruhe 1994, pp. 587-630. Cit. *Versicherung*.
- SCHNYDER, Anton K. – «Total Revision des schweizerischen VVG – herausforderung und Überblick» em *Total Revision VVG. Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Anton K. Schnyder e Stephan Weber (eds.), Zurique 2006, pp. 13-30. Cit. *Total Revision*.
- SCHUERMANS, Luc – «Une tour ou deux tours? Quelques réflexions sur la globalisation des sinistres» em *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, B. Dubuisson, P.-H. Delvaux, H. de Rode, D. Philippe, G. Schamps e P. Wéry (eds.), Bruxelas 2003, pp. 831-850. Cit. *Une Tour*.
- SCHÜNEMANN, Wolfgang B. – «Rechtsnatur und Pflichtenstruktur des Versicherungsvertrages» (1995) 50 JZ 430-434. Cit. *Rechtsnatur*.
- SCHWAN, Herbert – *Der Anspruch auf die Versicherungsleistung in der Gruppenunfallversicherung*, Colónia 1961. Cit. *Anspruch*.
- SCHWARK, Eberhard – «Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung» (1980) 20 JuS 777-782. Cit.

Mittelbaren Stellvertretung.

SCHWINTOWSKI, Hans-Peter – *Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt – zugleich eine Analyse der Konstruktionsprinzipien des privaten Versicherungsvertrages unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts und des Europäischen Rechts*, Baden-Baden 1987. Cit. *Konstruktionsprinzipien*.

– «Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages» (1996) 51 JZ 702-710. Cit. *Rechtsnatur I*.

– «Rechtsnatur und ökonomische Funktionen des Versicherungsvertrages» (1997) 6 VersWissStud 27-68. Cit. *Rechtsnatur II*.

– «§1» em *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Heinrich Honsell (ed.), Berlim 1998, pp. 35-60. Cit. *BK/Schwintowski*.

– «Die Reform des schweizerischen VVG» (2006) 32 VersWissStud 309-324. Cit. *Schw. VVG*.

SERRA, Adriano Vaz – «Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro» (1955) 51 BMJ 29-229. Cit. *CFT*.

– «Fiança e figuras análogas» (1957) 71 BMJ 19-331. Cit. *Fiança*.

– «Efeitos dos contratos (princípios gerais)» (1958) 74 BMJ 333-368. Cit. *Efeitos*.

– «Objecto da obrigação – a prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos» (1958) 74 BMJ 15-283. Cit. *Objecto*.

– «Responsabilidade patrimonial» (1958) 75 BMJ 5-410. Cit. *Responsabilidade Patrimonial*.

– «Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)» (1959) 90 BMJ 5-322. Cit. *Fundamento*.

– «Direito das obrigações» (1960) 98 BMJ 13-128. Cit. *Obrigações*.

– Anotação ao Ac. STJ 30.06.1970 em (1971) 104 RLJ 201-208. Cit. *Anotação*.

SHRADER-FRECHETTE, K. S. – *Risk and rationality*, Berkeley CA 1991. Cit. *Risk and Rationality*.

SIEBERT, Wolfgang – «Der Risikogedanke im Vertragsrecht, insbesondere um Versicherungsvertrag» em *Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet*, Walter Rohrbeck (ed.), Berlim 1954, pp. 125-139. Cit. *Risikogedanke*.

SIEG, Karl – «Grenzfälle der aufsichtspflichtigen Versicherungsunternehmen» (1969) 58 ZVersWiss 495-516. Cit. *Grenzfälle*.

– «Schluß: Prozessuales und Zusammenfassung» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 58-62. Cit. *Rechte Dritter*.

– «Betrachtungen zur Geschäftsgebühr» (1988) 39 VersR 309-312. Cit. *Betrachtungen*.

– *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, 3.^a ed., Wiesbaden 1994. Cit. *AVVR*.

– «Betrachtungen zur Neuwertversicherung» em *Recht und Ökonomie der Versicherung. Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Ulrich Hübner, Elmar Helten e Peter Albrecht (eds.), Karlsruhe 1994, pp. 643-655. Cit. *Neuwertversicherung*.

SIEG, Karl/ GÄRTNER, Rudolf – «Haftpflichtversicherung einschließlich Kraftfahrhaftpflichtversicherung»

- Drittgeschädigten» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 31-39. Cit. *Rechte Dritter*.
- SILVA, Carlos Pereira da – «Operações financeiras em seguros de vida, operações de capitalização, e pensões» em *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, António Moreira e M. Costa Martins (coord.), Coimbra 2001, pp. 247-265. Cit. *Operações*.
- SILVA, Fernando Emídio da – *Seguros mútuos*, Coimbra 1911. Cit. *Seguros Mútuos*.
- SILVA, João Calvão da – «Seguro-caução: protocolo como contrato-quadro e circunstância atendível para a interpretação da apólice» (1999/2000) 132 RLJ 345-384. Cit. *Seguro-Caução*.
- *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.^a ed., Coimbra 2002. Cit. *Cumprimento*.
- *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, I, 2.^a ed., Coimbra 2007. Cit. *BBS*.
- SILVA, Manuel Gomes da – *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa 1943. Cit. *Conceito*.
- *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, Lisboa 1944. Cit. *Dever de Prestar*.
- SILVA, Paula Costa e – «Contrato a favor de terceiro, conformação subjectiva da instância e legitimidade processual» em *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra 2007, pp. 963-994. Cit. *CFT*.
- SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da – *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*, Coimbra 2007. Cit. *Resp. Civil Geral*.
- «Algumas notas sobre a existência (ou não) de obrigação solidária de indemnizar o terceiro lesado no âmbito do contrato de seguro (obrigatório) de responsabilidade civil de veículos terrestres a motor» (2008) 13 Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas 139-158. Cit. *Notas*.
- SINN, Hans-Werner – «Gedanken zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Versicherungswesens» (1988) 77 ZVersWiss 1-27. Cit. *Bedeutung*.
- SINNOT-ARMSTRONG, W. – «Consequentialism» em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2007 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/consequentialism/>>. Cit. *Consequentialism*.
- SLOVIC, Paul – «Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield» (1999) 19-4 *Risk Analysis* 689-701. Cit. *Trust*.
- SMITH, S. A. – «Towards a theory of contract» em *Oxford Essays in Jurisprudence (4th Series)*, J. Horder (ed.), Oxford 2000, pp. 107-129. Cit. *Towards*.
- SOMMER, Kirsten – *Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages in der allgemeinen Haftpflichtversicherung*, Munique 1982. Cit. *Rechtsnatur*.
- SOUSA, Miguel Teixeira de – *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra 1988. Cit. *Concurso*.
- «Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo» (1999) 56 ROA 29-46. Cit. *Conceito*.
- SPÄTE, Bernd – *Haftpflichtversicherung. Kommentar zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB)*, Munique 1993. Cit. *AHB-Kommentar*.

- SPECTOR, Horacio – «Fairness and welfare from a comparative law perspective» (2004) 79 Chicago-Kent Law Review 521-539. Cit. *Fairness*.
- SPIELBÜCHLER, Karl – *Der Dritte im Schuldverhältnis. Über den Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht*, Viena 1973. Cit. *Der Dritte*.
- SPRAU, Hartwig – «§ 762» em *Bürgerliches Gesetzbuch*, Otto Palandt (ed.), 67.^a ed., Munique 2008, pp. 1112-1114. Cit. *Palandt/Sprau*.
- STAMMLER, Rudolf – «Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung» (1886) 69 AcP 1-140. Cit. *Garantievertrag*.
- *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlim 1897. Cit. *Schuldverhältnisse*.
- STARR, Chauncey – «Social benefit versus technological risk» (1969) 165 *Science* 1232-1238. Cit. *Social Benefit*.
- STAUDINGER, Julius – *Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag*, Erlangen 1858. Cit. *Rechtslehre*.
- STEELE, Jenny – *Risks and legal theory*, Oxford 2004. Cit. *Risks*.
- STEIN, Otto – «Bedarf und Bedürfnis» em *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, E. v. Beckerath, C. Brinkmann, E. Gutenberg, G. Haberler, H. Jecht, W.A. Jöhr, F. Lütge, A. Predöhl, R. Schaefer, W. Schmidt-Rimpler, W. Weber, L. v. Wiese (eds.), I, Estugarda 1956, pp. 707-718. Cit. *Bedarf*.
- STEINBACH, Emil – *Die Stellung der Versicherung im Privatrechte*, Viena 1883. Cit. *Stellung*.
- STEVENS, Robert – «The contracts (rights of third parties) Act 1999» (2004) 120 LQR 292-323. Cit. *Act*.
- TESDORPF, Hans-Joachim – «Die rechtliche Beurteilung der Gruppenlebensversicherung» (1936) 36 ZVersWiss 135-142. Cit. *Gruppenlebensversicherung*.
- TELES, Eugénia Galvão – «A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais» (1995) 127 O Direito 71-183. Cit. *Prestação Característica*.
- TELES, Miguel Galvão – «Direitos absolutos e relativos» em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra 2005, pp. 649-676. Cit. *Direitos*.
- TELLES, Inocência Galvão – «Aspectos comuns aos vários contratos» (1951) 23 BMJ 18-91. Cit. *Aspectos*.
- «Expectativa jurídica (algumas notas)» (1958) 90 O Direito 2-6. Cit. *Expectativa Jurídica*.
- «Contratos civis» (1959) 83 BMJ 114-283. Cit. *Contratos Civis*.
- *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra 1997. Cit. *Obrigações*.
- *Manual dos contratos em geral*, Coimbra 2002. Cit. *Contratos*.
- TERRÉ, François/ SIMLER, Philippe/ LEQUETTE, Yves – *Droit civil. Les obligations*, 9.^a ed., Paris 2005. Cit. *Obligations*.
- TEUBNER, Gunther – *Gegenseitige Vertragsuntreue*, Tubinga 1975. Cit. *Vertragsuntreue*.
- The new SME definition. User guide and model declaration*, Comissão Europeia, Bruxelas 2005. Cit. *SME Definition*.

- THOMAS, Stefan/ DREHER, Meinrad — «Der Kautionsversicherungsvertrag im System des Privatversicherungsrechts» (2007) 58 VersR 731-738. Cit. *Kautionsversicherungsvertrag*.
- THUME, Karl-Heinz — «Entschädigungsansprüche bei Insolvenz des haftpflichtversicherten Schädigers» (2006) 57 VersR 1318-1324. Cit. *Entschädigungsansprüche*.
- THÜSEN, Ernst v. d. — «Der "unmittelbare Rechtsanspruch" der Arbeitnehmer bei Gruppenversicherungsverträgen» (1954) 5 VersR 155-157. Cit. *Unmittelbare Rechtsanspruch*.
— «Ansprüche aus kollektiven Unfallversicherungen» em *Rechtsfragen der Individualversicherung. Betrachtungen und Probleme in internationaler Sicht. Festgabe für Erich R. Prölss*, Ernst Klingmüller (ed.), Karlsruhe 1957, pp. 256-265. Cit. *Ansprüche*.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier — *El seguro*, III, *Los seguros de personas*, Madrid 2006. Cit. *Seguros de Personas*.
- TORRE, Antonio la — «Un chiarimento sull'assicurazione per conto altrui (art. 1891 c.c.)» (2002) 52 Giustizia Civile 899-907. Cit. *Chiaramento*.
- TORRENTE, Andrea — «Della rendita vitalizia» em *Commentario del codice civile*, Antonio Scialoja e Giuseppe Branca (eds.), IV, 3.^a ed., Bolonha 1966, pp. 73-171. Cit. *Rendita Vitalizia*.
- TORRES, Arnaldo Pinheiro — «Natureza da obrigação do segurador em matéria de responsabilidade civil por acidente de viação» (1945) 5 ROA 135-139. Cit. *Natureza*.
- TOURNAL, René Carton de/ DELEERS, Charles — *Les assurances de groupes. Eléments techniques, juridiques, sociaux et fiscaux*, Bruxelles 1965. Cit. *Assurances de Groupes*.
- TOURNOIS, Michel — «Direct actions by victims against insurers of wrongdoers in France» (1996) 3 IJIL 194-203. Cit. *Direct Actions*.
- TRAUTMANN, Hans Joachim — *Das Innenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versichertem bei der Versicherung für fremde Rechnung*, Hamburgo 1971. Cit. *Innenverhältnis*.
- TREITEL, Guenter (fund. D)/ PEEL, Edwin — *The law of contract*, 12.^a ed., Londres 2007. Cit. *Law of Contract*.
- TRIBESS, Hans-Eckhard — «Die Leistungsfreiheit des Versicherers aus §67 Abs. 1 Satz 3 VVG im Falle des Vorausverzichts» (1991) 16 VersWissStud 1-205. Cit. *Leistungsfreiheit*.
- TRIESCHMANN, James S./ GUSTAVSON, Sandra G. — *Risk management & insurance*, 9.^a ed., Cincinnati OH 1995. Cit. *Risk and Insurance*.
- TUHR, Andreas v. — *Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, II 2, Munique 1918. Cit. *Allg. Teil II 2*.
- ULMER, Peter — *Der Vertragsbändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, Munique 1969. Cit. *Vertragsbändler*.
- UNGER, Joseph — *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Jena 1869. Cit. *Vz Dritter*.
— *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, 4.^a ed., Leipzig 1876. Cit. *System*.
- UNIDROIT — *Principles of International Commercial Contracts 2004*, disponível em <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>. Cit. *Unidroit Principles (2004)*.
- URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo — «Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro en la doctrina

española e hispanoamericana» em *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, I, Milão 1963, pp. 343-374. Cit. *Orientaciones*.

— *Derecho mercantil*, 22.^a ed., Madrid 1995. Cit. *Derecho Mercantil*.

VARELA, João de Matos Antunes — *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra 1955. Cit. *Modo*.

— «Código Civil» em *Polis Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*, I, 2.^a ed., Lisboa 1997, cc. 961-976. Cit. *Código Civil*.

— *Das obrigações em geral*, I, 10.^a ed., Coimbra 2000. Cit. *Obrigações I*.

VARGAS VASSEROT, Carlos — «La individualización subjetiva del beneficiario en el seguro de daños» (1998) 94 *Revista Española de Seguros* 261-269. Cit.

VASCONCELOS, Pedro Pais de — *Contratos atípicos*, Coimbra 1995. Cit. *Contratos Atípicos*.

— «De&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima» em *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra 2007, pp. 1154-1182. Cit. *De&O Insurance*.

— *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed., Coimbra 2007. Cit. *Teoria*.

VASQUES, José — *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*, Coimbra 1999. Cit. *Contrato de Seguro*.

— *Direito dos seguros*, Coimbra 2005. Cit. *Direito dos Seguros*.

— «Contrato de seguro: elementos essenciais e características» (2006) LV *ScJur* 493-525. Cit. *Elementos*.

VAUGHAN, Emmett J. (II)/ VAUGHAN, Therese M. — *Fundamentals of risk and insurance*, 6.^a ed., Nova Iorque NY 1992, 10.^a ed., Nova Iorque NY 2007. Cit. *Fundamentals*.

VEAUX, Daniel — *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Paris 1947. Cit. *Responsabilité*.

VELOSO, José António — «Risco, transferência de risco, transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros» em *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra 2007, pp. 277-354. Cit. *Risco*.

VERNE, Jules — *As atribuições de um chinês na China*, orig. Paris 1879, Lisboa 1991. Cit. *Atribuições*.

VERSTEGEN, R. — «Res inter alios acta, allis nec nocet nec prodest» em *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, J. E. Spruit e M. van de Vrugt (eds.), Deventer 1987, pp. 117-122. Cit. *Res Inter Alios Acta*.

VILLELA, Álvaro Machado — *Seguro de vidas (esboço histórico, económico e jurídico)*, Coimbra 1898. Cit. *Seguro de Vidas*.

VISINTINI, Giovanna — *Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, 3.^a ed., Pádua 2005. Cit. *Trattato*.

VIVANTE, Cesare — *Il codice di commercio commentato*, VII, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, 5.^a ed., Turim 1922. Cit. *Contratto di Assicurazione*.

— *Trattato di diritto commerciale*, IV. *Le obbligazioni*, 5.^a ed., Milão 1926. Cit. *Tratatto*.

- VLEK, Charles/ STALLEN, Pieter-Jan — «Rational and personal aspects of risk» (1980) 45 *Acta Psychologica* 273-300. Cit. *Risk*.
- WÄLDER, Johannes — *Über das Wesen der Versicherung. Ein methodologischer Beitrag zur Diskussion um den Versicherungsbegriff*, Berlin 1971. Cit. *Wesen*.
- WANDT, Manfred — *Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen*, Karlsruhe 2000. Cit. *Änderungsklauseln*.
- WEBER, Hans — *Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen*, Zurich 1924. Cit. *Aenderungsrecht*.
- WEBER, Stephan — «Koordination von privatversicherungsleistungen» em *Total Revision VVG. Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Anton K. Schnyder e Stephan Weber (eds.), Zurich 2006, pp. 95-116. Cit. *Koordination*.
- WEENS, Charles — *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité et de ses applications en matière d'assurances terrestres*, Paris 1927. Cit. *Contrat d'Indemnité*.
- «L'intérêt d'assurance» (1927) *Bull. Ass.* 137-152. Cit. *Intérêt*.
- WEILL, Alex — *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris 1938. Cit. *Relativité*.
- WENAR, Leif — «The nature of rights» (2005) 33 *Philosophy & Public Affairs* 223-252. Cit. *Nature*.
- «Rights» em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2007 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/rights/>>. Cit. *Rights*.
- WERBER, Manfred/ WINTER, Gerrit — *Grundzüge des Versicherungsvertragsrechts*, Heidelberg 1986. Cit. *Grundzüge*.
- WESENBERG, Gehrard — *Verträge zugunsten Dritter, Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar 1949. Cit. *Vz Dritter*.
- WETS, G. — «De l'interprétation de l'assurance pour compte d'autrui par la comparaison des législations de la Communauté Economique Européenne» em *Études offertes à Monsieur le Professeur André Besson*, Bedour, Bigot, Deschamps, Favre, Gaudet e Perrot (eds.), Paris 1976, pp. 331-340. Cit. *Interprétation*.
- WIEACKER, Franz — «Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus» em *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*, Hermann Baldt (ed.), Graz 1965, pp. 229-255. Cit. *Rebus Sic Stantibus*.
- WIESER, Annemarie — *Gruppenversicherungen*, Viena 2006. Cit. *Gruppenversicherungen*.
- WILHELM, Mark/ FAHL, Holger — «Konsequenzen der Anfechtung eines Gruppenversicherungsvertrags unter besonderer Berücksichtigung von §40 Abs. 1 VVG und §39 Abs. 1 VVG-E» (2007) 58 *VersR* 1338-1343. Cit. *Anfechtung*.
- WINDSCHEID, Bernhard — *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856. Cit. *Actio*.
- WINTER, Gerrit — *Konkrete und abstrakte Bedarfsdeckung in der Sachversicherung*, Göttingen 1962. Cit. *Bedarfsdeckung*.
- «Die Gruppenspitze in der Gruppen-Lebensversicherung» (1968) 19 *ZfV* 25-29, 56-58,

89-90. Cit. *Gruppenspitze*.

— «Lebensversicherung. a) Bezugsberechtigter» em Hans Möller (dir), «Die Rechte Dritter gegen den Versicherer» (1970) 59 ZVersWiss 17-62, pp. 39-49. Cit. *Rechte Dritter*.

— «Versicherungsvertragsrecht, Risikobeschreibungen und -beschränkungen» em *Handwörterbuch der Versicherung*, Dieter Farny, Elmar Helten, Peter Koch, Reimer Schmidt (eds.), Karlsruhe 1988, pp. 1203-1209. Cit. *Risikobeschreibungen*.

WINTGEN, Robert — *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris 2004. Cit. *Opposabilité*.

WOLLSCHLÄGER, Christian — *Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Theorie und Rechtsprechung*, Berlim 1976. Cit. *GOA*.

WYNNE, Brian — «Institutional mythologies and dual societies in the management of risk» em *The risk analysis controversy. Na institutional perspective*, Howard C. Kunreuther e Eryl U. Ley (eds.), Berlim 1983, pp. 127-143. Cit. *Mythologies*.

— «Uncertainty and environmental learning: reconceiving science and policy in the preventative paradigm» (1992) 2 (2) *Global Environmental Change* 111-127. Cit. *Preventative Paradigm*.

YEO, Tiong Min — «When do third party rights arise under the contracts (rights of third parties) Act 1999 (UK)?» (2001) 13 *Singapore Academy of Law Journal* 34-53, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=625825. Cit. *Third Party Rights*.

ZACCARIA, Alessio — Arts. 1448 e 1472 em *Commentario breve al codice civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (eds.), 7.^a ed., Milão 2004, pp. 1396-1399 e 1442-1444. Cit. *Commentario CCit*.

ZIMMERMANN, Reinhard — *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cidade do Cabo 1990. Cit. *Obligations*.

ZULAUF, Hans-Kaspar — *Rechtsgrundsätze des Gruppenversicherungsvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Personalgruppenversicherung*, Zurique 1971. Cit. *Gruppenversicherungsvertrag*.

ZWONICEK, Charles — «Die Entwicklung der Kollektivlebensversicherung im internationalen Vergleich» (1974) 29 *VW* 246-248. Cit. *Entwicklung*.

ÍNDICE

Modo de citar e outras convenções	iii
Lista de abreviaturas	v
0. Introdução	1
Parte I. Contrato de seguro	27
1. Aspectos introdutórios	29
1.1. Conceito e tipo	29
1.2. Os sujeitos da relação de seguro	36
1.3. Ensaio de definição de contrato de seguro	52
2. O risco	57
2.1. Elementos do conceito de risco	59
2.1.1. Possibilidade	59
2.1.2. Desvalor	64
2.2. Caracterização dos juízos de risco e do fenómeno do risco	67
2.2.1. Percepção: informação-acção	67
2.2.2. Subjectividade: a inevitabilidade da mediação humana	72
2.2.3. Percepção: falta de informação	84
2.2.4. Prognose	98
2.3. Características adicionais do risco de seguro	108
2.3.1. Elementaridade	108
2.3.2. Pureza	119
2.3.3. Exogeneidade	123
2.3.4. Casualidade	130
2.4. Delimitação	138
3. O interesse	142
3.1. Raízes	142
3.1.1. Rudolf von Jhering e a jurisprudência dos interesses	142
3.1.2. O utilitarismo de Jeremy Bentham	145
3.1.3. Interesse e direito subjectivo	147
3.1.4. Descaracterização	151
3.1.5. A função dogmática do conceito de interesse	153
3.2. O interesse no seguro	158
3.2.1. A experiência inglesa: dois conceitos de interesse	158
3.2.2. A experiência alemã: dois conceitos de interesse	167
3.2.3. O interesse enquanto nota necessária num seguro	174

3.2.4. Querela doutrinária sobre a «função» do seguro	183
3.2.5. A «função típica» do seguro: uma ideia abstracta, <i>ex ante</i> de necessidade	204
3.3. O fecho de um círculo: do interesse para o risco	222
3.3.1. A necessidade de uma finalidade previdencial estipulada	224
3.3.2. A suficiência de uma finalidade previdencial estipulada	231
3.3.3. A desnecessidade de outros elementos distintivos	238
4. As atribuições das partes	254
4.1. A atribuição do tomador	257
4.2. A atribuição do segurador	264
4.2.1. A sua prestação: o pagamento da indemnização	264
4.2.2. Relevância económica e jurídica da suportação do risco	268
4.2.3. A suportação do risco como contrapartida do pagamento do prémio ..	277
4.3. Síntese: o objecto do contrato de seguro	283
5. A relação entre as atribuições das partes	288
5.1. O sinalagma	288
5.1.1. Reciprocidade de vínculos: um conceito alargado de sinalagma	291
5.1.2. A suposta relação de equivalência entre as atribuições	308
5.1.3. Interdependência sem obrigação: o meio sinalagma	319
5.2. A aleatoriedade	322
5.2.1. Conceito	322
5.2.2. Avaliação da álea	335
5.2.3. Os contratos de risco	338
5.2.4. Os contratos de garantia	351
5.3. Relação contratual duradoura	369
5.4. Demonstração: o regime legal do contrato de seguro	373
5.4.1. Sinalagma	373
5.4.2. Álea	379
5.4.3. Relação contratual duradoura	381
Parte II. Terceiros	388
6. Os direitos de terceiros em face de um contrato	389
6.1. O princípio da relatividade dos contratos	389
6.2. Direitos de terceiros de fonte contratual: o contrato a favor de terceiro	402
6.2.1. Conceito	402
6.2.2. Combate a uma inversão metodológica	414
6.2.3. Regime legal: sua supletividade	424
6.2.4. O requisito do interesse do estipulante	435
6.2.5. Vulnerabilidades: efeitos colaterais do sinalagma	449

6.2.6. Obrigações de restituição	458
6.2.7. Em especial: o seguro de vida	478
6.2.7.1. Conceito e modalidades	478
6.2.7.2. Os vários sujeitos: cinco hipóteses e duas fórmulas para a identificação do segurado	489
6.2.7.3. Aquisição do direito ao capital seguro	497
6.2.7.4. Seguros «a favor de terceiro a favor de terceiro»	500
6.3. O contrato com eficácia protectora de terceiro: apontamento	509
6.4. Direitos de terceiros de fonte «paracontratual»: a acção directa	517
6.4.1. Em geral	517
6.4.2. Em especial: o seguro de responsabilidade civil	528
6.4.2.1. Conceito e modalidades	528
6.4.2.2. Justificação dogmática dos direitos de acção directa contra o segurador	536
6.4.2.3. A experiência alemã: um modelo alternativo de protecção do terceiro lesado	542
6.4.2.4. Em Portugal	548
7. A contratação por conta de terceiro	563
7.1. Actuação por conta de outrem <i>vs.</i> actuação no interesse de outrem	563
7.2. Seguros por conta	579
7.2.1. Conceito	579
7.2.2. Modalidades	587
7.2.3. Sua distinção das apólices à ordem e ao portador	596
7.3. Seguros por conta <i>vs.</i> seguros a favor de terceiro	600
7.3.1. Os vários entendimentos doutrinários em confronto	600
7.3.2. Defesa da tese dos círculos secantes	609
7.3.3. Em especial: o requisito do interesse	629
8. Seguros colectivos e de grupo	636
8.1. Conceito e modalidades	638
8.1.1. Primeiras delimitações	638
8.1.2. Os verdadeiros seguros de grupo	644
8.1.3. O universo mais amplo dos seguros colectivos	663
8.2. Formação e vicissitudes	673
8.2.1. A «adesão» aos seguros colectivos	673
8.2.2. Celebração e inclusão nos seguros de grupo	682
8.2.3. Alteração e cessação dos seguros colectivos e de grupo	691
8.2.3.1. Nos verdadeiros seguros de grupo	692
8.2.3.2. Nos contratos-quadros seguidos de contratos individuais de seguro	708
9. Conclusão	711
Resumo	713

(Abstract)	715
(Résumé)	717
Jurisprudência	719
Bibliografia	724
Índice	770